

**DANIEL HAJJAR SAGBONI MONTANHA TEIXEIRA**

**CONVENÇÕES ARBITRAIS EM CONTRATOS DE SOCIEDADE**

**CURITIBA**

**2006**

**DANIEL HAJJAR SAGBONI MONTANHA TEIXEIRA**

**CONVENÇÕES ARBITRAIS EM CONTRATOS DE SOCIEDADE**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Carlos Eduardo Manfredini Hapner

**CURITIBA**

**2006**

Dedico este trabalho  
A todos que me incentivaram.  
A todos que me ensinaram a amar o direito,  
em especial aos meus pais, Haroldo e Ketty.  
A todos que me cobraram dedicação,  
em especial à minha noiva, Maria Fernanda.

***“Seamos realistas, exijamos lo imposible.”***

**Ernesto Che Guevara**

## **RESUMO**

Este trabalho tem por objetivo demonstrar a viabilidade da inclusão de convenções arbitrais em contratos de sociedade.

Inicialmente, buscou-se um estudo da arbitragem como instituto, traçando seu histórico, em especial no Brasil; buscando relembrar os contextos históricos em que o instituto teve seu apogeu, decadência e renascimento. Trabalhou-se, ainda, sua natureza jurídica jurisdicional e seu diálogo com o contexto legal.

Partindo ao estudo do Direito Societário, em brevíssimo estudo, pesquisou-se a natureza jurídica dos contratos de sociedade, bem como das cláusulas que o compõem.

Adiante, tratou-se de modo mais detalhado das convenções arbitrais, suas espécies, requisitos e características de cada uma delas. As diferenças entre as espécies de convenções, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, foram objeto de especial atenção, bem como suas aplicações, vantagens e desvantagens.

Por fim, ao estudarmos especificamente a utilização das convenções arbitrais nos contratos de sociedade, buscou-se apaziguar o conflito de normas surgido entre a conjugação destes dois ramos diferentes do Direito (societário e arbitral), para, por fim, demonstrar não somente a legalidade deste uso, mas também sua viabilidade prática e contextual.

## SUMÁRIO

|  |    |
|--|----|
| INTRODUÇÃO .....   | 1  |
| CAPÍTULO I - A ARBITRAGEM .....  | 3  |
| 1. HISTÓRICO DA ARBITRAGEM .....   | 3  |
| 1.1. Arbitragem nas ordenações de Portugal. ....                               | 3  |
| 1.2. Arbitragem nas legislações brasileiras .....                              | 4  |
| 1.3. A Construção da Lei de Arbitragem .....                                   | 7  |
| 1.3.1. O Anteprojeto de 1981 .....   | 7  |
| 1.3.2. O Anteprojeto de 1986 .....   | 8  |
| 1.3.3. O Anteprojeto de 1988 .....   | 8  |
| 1.3.4. A Lei 9307/1996, e a “operação arbiter” .....                           | 9  |
| 2. ELEMENTOS FORMADORES DO CONCEITO DE ARBITRAGEM .....                        | 11 |
| 2.1. Conceitos .....   | 11 |
| 2.2. Elementos .....   | 12 |
| 2.2.1. Arbitragem como <u>instituição</u> .....                                | 12 |
| 2.2.2. Método de resolução de <u>conflitos</u> .....                           | 12 |
| 2.2.3. Decisão independente de terceiro neutro não magistrado .....            | 12 |
| 2.2.4. <u>Anuência</u> obrigatória das partes .....                            | 13 |
| 2.2.5. Arbitrabilidade .....   | 13 |
| 2.2.6. <u>Obrigatoriedade</u> da decisão .....                                 | 14 |
| 3. ARBITRAGEM E JURISDIÇÃO .....   | 16 |
| 3.1. Estudo de Jurisdição .....  | 16 |
| 3.1.1. Conceitos .....   | 16 |
| 3.1.2. Elementos .....   | 17 |
| 3.1.2.1. substituição .....  | 18 |
| 3.1.2.2. coisa julgada .....   | 18 |
| 3.1.2.3. lide .....  | 18 |
| 3.1.2.4. imparcialidade .....  | 18 |
| 3.2. Arbitragem como equivalente jurisdicional .....                           | 19 |
| 3.3. Arbitragem como jurisdição .....  | 19 |
| CAPÍTULO II - DIREITO SOCIETÁRIO .....   | 23 |
| 4. NATUREZA JURÍDICA DOS CONTRATOS DE SOCIEDADE .....                          | 23 |
| 4.1. Teorias Anticontratualistas .....   | 23 |
| 4.2. Teoria Contratualista .....   | 24 |
| 4.3. Teoria Institucional .....  | 24 |
| 4.4. Teoria do contrato plurilateral – adotada pelo Código Civil de 2002 ..... | 24 |
| CAPÍTULO III - CONVENÇÃO ARBITRAL .....  | 26 |
| 5. CONVENÇÃO ARBITRAL .....  | 26 |
| 5.1. Convenção Arbitral .....  | 26 |
| 5.1.1. Conceitos .....   | 26 |
| 5.1.2. Natureza Jurídica .....   | 27 |
| 5.2. Diferenciação entre Cláusula Compromissória e Compromisso Arbitral .....  | 28 |
| 5.3. Características comuns .....  | 30 |
| 5.4. Compromisso Arbitral .....  | 30 |
| 5.4.1. Requisitos obrigatórios .....   | 31 |
| 5.4.2. Informações opcionais .....   | 32 |
| 5.5. Cláusula Compromissória .....   | 33 |
| 5.5.1. Pacto in contrahendo .....  | 33 |
| 5.5.2. Equivalência entre cláusula compromissória e compromisso arbitral ..... | 34 |
| 5.5.3. Efeito positivo e efeito negativo .....                                 | 34 |
| 5.5.4. Requisitos obrigatórios .....   | 34 |
| 5.5.5. Cláusulas vazias .....  | 36 |
| 5.5.6. Cláusulas cheias .....  | 36 |
| 5.6 – A Convenção Arbitral na Jurisprudência .....                             | 39 |
| CAPÍTULO IV - CONVENÇÃO ARBITRAL EM CONTRATO DE SOCIEDADE .....                | 41 |
| 6. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NO CONTRATO DE SOCIEDADE .....                      | 41 |

|  |    |
|--|----|
| 6.1. Breve Histórico.....  | 41 |
| 6.2. Aplicação atual.....  | 41 |
| 6.3. Extensão e Limites da Cláusula Compromissória .....                       | 43 |
| 6.3.1. Limite subjetivo.....   | 43 |
| 6.3.2. Limite objetivo.....  | 43 |
| 6.4. Previsões Legais.....   | 44 |
| 6.5. Redação da Cláusula Compromissória Societária .....                       | 46 |
| 7. VINCULAÇÃO DOS SÓCIOS.....  | 48 |
| 7.1. Ordem pública.....  | 48 |
| 7.2. Tempo do conflito.....  | 48 |
| 7.3. Vinculação de sócios futuros, divergentes e ausentes.....                 | 49 |
| 7.3.1 - Sócios futuros.....  | 50 |
| 7.3.2. Sócios divergentes e ausentes .....                                     | 52 |
| 7.3.2.1. conflito de normas.....   | 52 |
| 7.3.2.1. teses contrárias à vinculação dos sócios divergentes e ausentes ..... | 53 |
| 7.3.2.3. vontade da maioria .....  | 54 |
| 7.3.2.4. fundamento legal .....  | 55 |
| 7.3.2.5. direito de recesso.....   | 56 |
| CONCLUSÃO.....   | 59 |
| LEVANTAMENTO BIBLIOGRÁFICO .....   | 61 |

## INTRODUÇÃO

As relações societárias, assim como todas as demais relações sociais, apresentam sempre um potencial de geração de conflitos. Entretanto os conflitos existentes no interior das Sociedades Empresárias apresentam uma capacidade destrutiva exponencialmente maior do que os conflitos entre particulares independentes.

Isto porque, ao estabelecer-se uma controvérsia entre sócios, são grandes as chances de restar abalada a confiança, a “*affectio societatis*”, requisito indispensável à constituição, existência e sucesso de uma sociedade.

Para a solução de tais conflitos, a arbitragem apresenta potencial de restabelecimento da normalidade da administração da Empresa muito superior à solução judicial de controvérsias.

A solução de conflitos societários pelas vias judiciais, por várias de suas características, muitas vezes revela-se inapropriada.

A morosidade dos processos judiciais faz com que a sociedade não consiga desenvolver suas atividades a contento enquanto o principal assunto em seu interior for o litígio entre os sócios. A publicidade dos processos expõe a crise entre os sócios, afetando a credibilidade da sociedade, a confiança dos investidores e do mercado. Os aspectos técnicos que muitas vezes são objetos das controvérsias não são do conhecimento do Juiz e dos Advogados, tornando a jurisdição dependente das perícias judiciais.

Por outro lado, a celeridade da arbitragem evita o desnecessário prolongamento e conseqüente acirramento de conflitos; seu caráter sigiloso protege a imagem da sociedade e a escolha de árbitros-peritos possibilita decisões com mais conhecimento de causa.

Por suas características, ressaltadas as mais marcantes, a arbitragem demonstra ser opção mais apropriada à solução dos conflitos societários.

Com o advento da Lei 9307/1996, e com a reafirmação da constitucionalidade de seus dispositivos pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental nº 5206, o instituto da arbitragem recebeu grande impulso, retirando-se do claustro a que esteve encerrado por quase 100 anos.



Alguns dos questionamentos suscitados vão sendo paulatinamente pacificados: a executoriedade das decisões arbitrais, a equivalência funcional entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, a constitucionalidade do Juízo arbitral, entre outros.

Por outro lado, outros debates relevantes ainda se encontram em aberto, como, por exemplo, as possibilidades de interferência do judiciário; a revisão das cláusulas compromissórias e a executoriedade das sentenças arbitrais estrangeiras.

A utilização da arbitragem na solução de conflitos societários, tanto por compromisso arbitral, quanto pela existência de cláusula compromissória nos contratos e estatutos sociais, é uma das importantes questões em discussão.

Estas discussões são necessárias para que o instituto se consolide no Brasil, para que se aparem suas arestas, preencham as lacunas deixadas pela legislação, e para que se harmonize com o restante do ordenamento.

Destarte, após tão prolongado período em desuso, e após a total reformulação representada pela nova legislação, o estudo do instituto da arbitragem é de extrema importância para sua reinserção nos usos jurídicos e comerciais brasileiros.

## CAPÍTULO I

### A ARBITRAGEM

#### 1. HISTÓRICO DA ARBITRAGEM

Em que pese ser hoje tratada como novidade no Brasil, a arbitragem é, quiçá, a mais antiga forma de resolução de conflitos que não as intentadas pelos próprios contendores, ou seja, cuja solução fosse outorgada a terceiro.

A título meramente ilustrativo, cabe trazer à memória que até mesmo os antigos *rapsodos* gregos já conheciam a arbitragem, mesmo que sem nomeá-la expressamente. Na narrativa da Guerra de Tróia, as *Íliadas* já faziam menção ao Instituto, usado para resolver a vaidosa disputa entre Hera, Atena e Afrodite<sup>1</sup>.

Para adiantarmo-nos em direção ao histórico específico da arbitragem no Brasil, necessário se faz, a um primeiro momento, regredirmos às ordenações portuguesas, que vigoraram em nosso País.

##### 1.1. Arbitragem nas ordenações de Portugal.

As Ordenações Afonsinas, compilação de leis promulgadas do século XV, datada de 1446, tratavam da diferenciação entre os árbitros e os arbitradores, em termos coincidentes com os até hoje vigentes.<sup>2</sup>

Aos Juízes árbitros era encarregado o conhecimento da matéria de fato e direito, e estes estavam adstritos aos atos judiciais, da mesma forma que os juízes ordinários da época.

Aos Arbitradores, por sua vez, cabia prestar auxílio aos juízes ordinários, responsáveis pelas funções de avaliação e estimativa, como os peritos de hoje.

---

<sup>1</sup> Éris (ou Discórdia), ofendida por ser a única deusa não convidada para o casamento de Peleu e Tétis; deixou à mesa do banquete uma maçã de ouro, gravada com a inscrição “à mais bela”. As deusas Hera, Atena e Afrodite disputaram o título representado pela maçã. Zeus, outorgou à Páris, Príncipe de Tróia, a incumbência de resolver a disputa. Atenas ofereceu-lhe o poder na batalha; Hera ofereceu-lhe o poder sobre os homens; e Afrodite ofertou o amor da mulher mais bela do mundo. Páris deu a maçã de ouro para Afrodite, ganhando-lhe a proteção; mas atraído a raiva das outras duas contra si e contra Tróia. Disponível em Wikipedia <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Íl%C3%ADada>> – acesso em 12/07/06)

<sup>2</sup> VILELA, *Arbitragem no direito societário*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004 p. 47.

Nascidas a partir da reforma do Código Manuelino, que sucederam as Ordenações Afonsinas, as Ordenações Filipinas, de 1603, traziam as primeiras remissões ao instituto da arbitragem e dos efeitos de suas decisões.

Não havia a previsão de necessidade de homologação da decisão arbitral, mas era assegurado o recurso ao poder estatal, sendo inválidas disposições proibitivas constantes nos contratos.

## **1.2. Arbitragem nas legislações brasileiras**

A Constituição Imperial de 1824, primeira constituição brasileira, inaugurou o instituto da arbitragem no Brasil com ares de modernidade somente equiparados pela atual legislação.

No texto, elaborado por determinação de D. Pedro I, a arbitragem é consagrada como método de resolução de conflitos, outorgando às decisões arbitrais executoriedade imediata, sem exigir qualquer tipo de homologação pelo Poder Judiciário, além de possibilitar a restrição de recursos contra as decisões arbitrais.<sup>3</sup>

O Código Comercial de 1850, promulgado durante a vigência da Constituição Imperial, segue-lhe a tendência, outorgando à arbitragem papel destacado na resolução de conflitos comerciais. Chega, até mesmo, a instituir a arbitragem obrigatória para alguns casos, como os que envolvessem direitos sobre salvados de seguros e, especialmente, para conflitos entre sócios de sociedade comercial<sup>4</sup>.

A Arbitragem era, ainda, regulamentada pelo Decreto 737 do mesmo ano, que, em seu art. 411, diferenciava a arbitragem obrigatória (para causas comerciais) da facultativa (para as demais causas).<sup>5</sup>

A arbitragem obrigatória, contudo, teve duração curta em nosso ordenamento. As alterações introduzidas no Código Comercial pela Lei 1350 de

---

<sup>3</sup> “Art. 160. Nas cíveis, e nas penaes civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Árbítrós. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes”. Disponível em <[www.planalto.gov.br/legisla.htm](http://www.planalto.gov.br/legisla.htm)>

<sup>4</sup> “Art. 294. Todas as questões socais que suscitarem entre sócios durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha, serão decididas em juízo arbitral”

<sup>5</sup> CARREIRA ALVIM, José E. *Comentários à Lei de Arbitragem: Lei n.º 9.307, de 23/9/1996*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. Pág. 04.

1866 aboliram as hipóteses de obrigatoriedade do juízo arbitral, subsistindo tão somente as arbitragens facultativas.

O primeiro revés mais sério sofrido pela arbitragem, contudo, foi causado pela edição do Decreto 3900, em julho de 1867. Ao, pela primeira vez, expressamente declarar, em seu artigo 9º<sup>6</sup>, que a cláusula compromissória gerava efeitos tão somente de *pacto in contrahendo*, retirou-lhe a possibilidade de execução forçada, ou seja, impediu que uma das partes comprometentes, ante à negativa da outra em instituir o juízo arbitral, a forçasse a tanto.

Nos casos de negativa, caberia à parte oposta somente o pedido de reparação de danos eventualmente causados.

Ainda o mesmo Decreto instituiu a possibilidade de recurso ao Judiciário contra as decisões arbitrais, salvo convenção em contrário pelas partes.

A Constituição Federal de 1891, primeira constituição republicana, deixou de tratar do instituto, apenas fazendo-lhe menção como meio de evitar conflitos externos.

Perceba-se que embora o silêncio da Constituição de 1891 não houvesse derogado o instituto da arbitragem (consolidado, ainda, pelo Decreto n.º 3084 de 1898), permanecendo a forma facultativa; as alterações decorrentes do Decreto 3900/1867 retiraram-lhe a aplicabilidade prática.

O Código Civil de 1916, muito embora permanecesse o silêncio constitucional, também tratou da arbitragem, em seus artigos 1037 a 1048. Incluiu o requisito de homologação judicial do laudo arbitral para sua execução, bem como a obrigatoriedade de cláusula compromissória por escrito.

O caráter meramente promissório da cláusula compromissória foi mantido no Código Civil de 1916; sendo que a impossibilidade de execução específica, e a resolução dos conflitos causados pelo descumprimento somente por meio de reparação de perdas e danos eram corroborados pelo próprio Clóvis Beviláqua<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> “Art. 9º. A clausula de compromisso, sem a nomeação dos árbitros, ou relativa a questões eventuaes, não vale senão como promessa e fica dependente para sua perfeição e execução de novo especial accôrdo das partes, não só sobre os requisitos do art. 8º, senão também sobre as delcarações do art. 10.”

<sup>7</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. 2ª ed., Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1924, v. 4 *apud* VILELA, Arbitragem no direito societário. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004 p. 51

As Constituições Federais de 1934 e 1937 igualmente silenciaram sobre a arbitragem, sendo que a primeira limitou-se a atribuir competência à legislatura federal para disciplinar a matéria (o que não ocorreu) e a segunda apenas repetiu a menção já feita na Carta de 1891.

De qualquer modo, algumas unidades da federação adotaram em seus Códigos de Processo Civil (à época do pluralismo processual) o juízo arbitral voluntário, notadamente o Distrito Federal (então na cidade do Rio de Janeiro) e os Estados de Minas Gerais, Bahia e Rio de Janeiro.

O Código de Processo Civil de 1939, que promoveu a reunificação do regime processual brasileiro, tratou da arbitragem em seus artigos 1031 a 1046, mas sem incorporar nenhuma novidade em relação ao Código Civil então vigente.

A Constituição de 1946, a exemplo das anteriores, foi omissa em relação à arbitragem. Este silêncio, entretanto, é justificável pela realidade histórica de então, em que se buscava reforçar ao máximo o princípio do livre acesso ao judiciário, após as restrições impostas durante a Ditadura Getulista.

A Constituição de 1967, promulgada durante a Ditadura Militar, também fez referência à arbitragem somente como método de prevenção de conflitos internacionais.

A Constituição de 1988 rompe o silêncio constitucional acerca da arbitragem. Em seu artigo 114 §1º, a Carta aponta a arbitragem como alternativa de resolução de conflitos relativos à relações de trabalho, mais especificamente indicando seu uso para a pôr fim aos dissídios coletivos.

A mesma Constituição, no entanto, contempla a garantia de acesso ao judiciário como direito fundamental, no artigo 5º, XXXV<sup>8</sup>. Tal garantia tem sido, erroneamente, interpretada por alguns como sendo o mesmo que garantir o monopólio estatal da Justiça.

Ao fim, percebe-se que o instituto da arbitragem não é, como alguns se acostumaram a dizer, alienígena à tradição brasileira. Curiosamente, as legislações mais avançadas nessa seara foram, justamente, nossas primeiras expressões legislativas, que traziam em seu bojo ares de modernidade e liberdade que somente foram avizinhasdas pelas recentes manifestações legislativas da década passada.

---

<sup>8</sup> “Art. 5º. - (...) - XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”

### **1.3. A Construção da Lei de Arbitragem**

Previamente ao Projeto que deu origem à Lei 9.307/1996, foram apresentados três outros anteprojetos de Lei que buscavam regulamentar o instituto da arbitragem; dois deles durante a vigência da Constituição Federal de 1967, e um após a promulgação da Carta hoje vigente.

#### **1.3.1. O Anteprojeto de 1981**

O extinto Ministério da Desburocratização, com o objetivo de propor medidas para descongestionar o Poder Judiciário, encomendou estudo, liderado pelo então Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Des. Severo da Costa. Tal estudo deu origem a este primeiro anteprojeto, composto por 28 artigos.

Apresentado ao então Ministro Hélio Beltrão, o anteprojeto atacava dois dos principais problemas que impediam o uso da arbitragem até então:

Primeiramente, equiparava os efeitos da cláusula compromissória e o compromisso arbitral, bastando qualquer uma das duas para afastar a competência do Juízo estatal. Criava, ainda, procedimento de execução específica desta cláusula, para casos em que houvesse resistência à instauração do juízo arbitral.

Ainda, dotava o laudo arbitral de eficácia equivalente a de título executivo extrajudicial, dispensando-lhe a homologação pelo Poder Judiciário.

Elaborado de forma concisa e cuidadosa, o anteprojeto padecia, contudo, de certas falhas técnicas<sup>9</sup>. Muito embora tais falhas pudessem, eventualmente, serem sanadas por meio de sugestões, cuja colheita cabia ao Ministério da Justiça, fato é que o anteprojeto acabou sendo esquecido nos escaninhos deste último.

A inércia do então Ministro Ibrahim Abi-ackel, segundo relata Carlos Henrique de Carvalho Fróes, Ex-presidente da CCI, foi atribuído ao melindre

---

<sup>9</sup> CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e o processo. São Paulo: Malheiros, 1998 p. 19.

causado pela apresentação do um anteprojeto de lei capitaneado por outro ministério<sup>10</sup>.

### 1.3.2. O Anteprojeto de 1986

Em 1985, o então novo Ministro da Justiça, Fernando Lyra, retirou o anteprojeto anterior do esquecimento e, incluindo alterações, restaurou o seu trâmite<sup>11</sup>.

A equivalência entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral era mantido, sendo mais trabalhada a questão relativa à execução específica, com o detalhamento da “ação de cumprimento de estipulação contratual”<sup>12</sup>.

Ainda assim, incorria em diversas falhas técnicas, apontadas por Carlos Alberto Carmona.<sup>13</sup>

Tais falhas, aliadas pelo desinteresse por um projeto sem patrono, e ainda diante da mobilização do Congresso Nacional no desenvolvimento daquilo que viria a ser a nova Constituição Federal, levaram-no, mais uma vez, ao abandono.

### 1.3.3. O Anteprojeto de 1988

A nova tentativa do Ministério da Justiça buscava uma abordagem diferente das anteriores: ao invés da criação de uma legislação especial, propôs-se a alteração de 10 artigos no Código de Processo Civil.

Mais uma vez era estabelecida a equivalência entre cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Entretanto, ao disciplinar ambas conjuntamente, em seu artigo 1074, incorreu o anteprojeto em uma falha que teria efeito mortal sobre a eficácia da primeira: estabeleceu que tanto uma quanto a outra deveriam, sob pena de nulidade, especificar o objeto do litígio. Ora, uma vez que a função da cláusula compromissória é, justamente, estabelecer o juízo arbitral para

---

<sup>10</sup> FROÉS, Carlos Henrique de Carvalho. *Desenvolvimento da arbitragem no Brasil*. Palestra apresentada durante o segundo dia do Congresso Internacional Comemorativo aos 10 anos da Lei de Arbitragem Brasileira, realizado na Cidade de Curitiba – PR, entre os dias 4 e 6 de junho de 2006.

<sup>11</sup> Idem.

<sup>12</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e o processo*. São Paulo: Malheiros, 1998 p. 19.

<sup>13</sup> Idem.

eventuais litígios futuros, como defini-lo de ante-mão, no momento da redação da cláusula?

Outra definição do anteprojeto que agredia frontalmente a própria razão de ser da arbitragem era a sujeição do laudo arbitral a recurso de Apelação perante os Tribunais Estaduais. Com isso, restavam por terra as vantagens da arbitragem, quais sejam, o sigilo, a celeridade, a tecnicidade da decisão, além da não intromissão do poder estatal.

Demonstrando, ainda, a impropriedade da redação do anteprojeto, este estabelecia que o árbitro deveria ser bacharel em Direito. Irremediável erro de visão do redator do anteprojeto, pois, novamente, agride a função da arbitragem. A própria Ordem dos Advogados do Brasil rechaçou o anteprojeto. Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover:

*“A defesa da classe não pode nem deve significar um corporativismo cego. (...) E esta (a arbitragem), normalmente, exige conhecimentos especializados, pelo quê a escolha do árbitro pode, mas não deve necessariamente, recair em advogados”<sup>14</sup>*

Com tantos enganos, não tardou fosse arquivado mais este anteprojeto.

#### 1.3.4. A Lei 9307/1996, e a “operação arbiter”

Após os insucessos das tentativas patrocinadas pelo Poder Público em revitalizar o instituto da arbitragem no Brasil, surge, com a “operação arbiter”, uma nova investida, desta vez capitaneada pela sociedade civil.

A “operação arbiter”, iniciativa do Instituto Liberal de Pernambuco, liderada pelo seu Presidente, Petrônio Muniz, teve a participação de representante de diversos setores da sociedade, em especial das entidades empresárias, institutos de estudos jurídicos, advogados e universidades.

A redação do primeiro texto apresentado coube à comissão relatora constituída em novembro de 1991, composta por Carlos Alberto Carmona, Pedro Antonio Batista e Selma Maria Ferreira Lemes<sup>15</sup>. Apresentado ainda em dezembro

---

<sup>14</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Parecer de 8.8.88, processo 3352/1988, Conselho Federal da OAB, pleno, aprovado em 16.8.88, *apud* CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e o processo*. São Paulo: Malheiros, 1998 p. 21 n.r.

<sup>15</sup> CARMONA, C. *op cit.* Pág. 22 n.r.



do mesmo ano, a redação recebeu alterações propostas em reunião realizada em fevereiro de 1992, na Associação Comercial de São Paulo.

O anteprojeto, já com sua redação final, foi mais uma vez debatido quando da sua apresentação no *Seminário Nacional sobre Arbitragem Comercial*, realizado em Curitiba, em 27/04/1992, no Teatro do Palácio Avenida, então sede do Banco Bamerindus.

O anteprojeto foi, então, levado pelo Instituto Liberal de Pernambuco ao Senador Marco Antonio Maciel, eleito por aquele mesmo Estado, que assumiu o patrocínio do projeto apresentando-o sob n.º 78/1992.

Recebido com tranqüilidade pelo Senado, o anteprojeto teve tramitação vagarosa na câmara dos Deputados, sofrendo combate intenso, além de ter recebido várias sugestões de emendas que lhe retirariam a eficácia, de autoria dos Deputados Milton Mendes e Aldo Arantes.

Felizmente, tais emendas foram rejeitadas, restando incluídas somente duas alterações, propostas pelos Deputados Celso Russomano e Regis de Oliveira, que buscavam preservar direitos dos consumidores, sem agredir a natureza básica da arbitragem.

O Senado novamente recebeu o projeto com tranqüilidade, aprovando-o com as duas emendas propostas pela Câmara, e encaminhou-o para a sanção presidencial e posterior publicação do D.O.U. de 24/09/1996.

## 2. ELEMENTOS FORMADORES DO CONCEITO DE ARBITRAGEM

Essencial ao desenvolvimento do presente trabalho é a conceituação precisa da arbitragem, bem como traçar as linhas que a separam de outros institutos afins, como transações e arbitramentos.

### 2.1. Conceitos

Os diversos conceitos apresentados pela doutrina são hora mais abrangentes, elencando a arbitragem como uma das espécies de equivalente jurisdicional, ora mais estritos, analisando-a como instituto autônomo.

A Lei de Arbitragem brasileira, em que pese não traga em seu texto um conceito propriamente dito, deixa transparecer, ao menos, uma indicação da de seus elementos:

*“art. 1º - As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.*

A partir destes elementos, José Eduardo Carreira Alvim<sup>16</sup> conceitua a arbitragem como sendo a *“instituição pela qual as pessoas capazes de contratar confiam a árbitros, por elas indicados ou não, o julgamento de seus litígios relativos a direitos transigíveis”*.

Carlos Alberto Carmona, analisando o mesmo artigo, define a arbitragem como sendo *“mecanismo privado de solução de litígios, através do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe a sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes”*.<sup>17</sup>

A antiga Lei de Arbitragem Espanhola (ley 36/1998 de 5 de dezembro, revogada pela ley 60/2003 de 23 de dezembro), que serviu como um dos subsídios para a redação da Lei Brasileira de Arbitragem<sup>18</sup> apresentava definição bastante completa:

---

<sup>16</sup> CARREIRA ALVIM, J.E. *op cit.* Pág. 14.

<sup>17</sup> CARMONA, C. *op cit.* Pág. 43.

<sup>18</sup> *Ibid.* Pág. 23.

*“Mediante el arbitraje, las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de su libre disposición conforme a derecho.”<sup>19</sup>*

## 2.2. Elementos

A partir de todos os conceitos mencionados acima, é possível destacar os seguintes elementos em comum:

### 2.2.1. Arbitragem como instituição

Identificar a arbitragem como instituição significa reconhecer-lhe a existência de um conjunto de normas próprias que lhe regulam, atribuindo autonomia como campo do conhecimento jurídico distinto.

### 2.2.2. Método de resolução de conflitos

A existência de um conflito, a ser pacificado é requisito essencial à arbitragem, uma vez que esta comparece em um momento de crise da relação jurídica, quando há lide<sup>20</sup>.

Não se deve confundir com o *arbitramento*, sendo este o modo pelo qual se completa a formação de uma relação jurídica, pela definição de um de seus elementos por terceiro indicado.

### 2.2.3. Decisão independente de terceiro neutro não magistrado

Pela arbitragem se outorga a terceiro(s), não magistrado, o poder para decidir a lide do modo que lhe pareça mais acertado, independentemente da opinião das partes; não se confundindo com a atividade do mediador, que busca direcionar as partes a uma solução consentida.

---

<sup>19</sup> Disponível em <<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/contract/Larbr.html>>. Acesso em 11/07/06).

<sup>20</sup> “...conflito (intersubjetivo) de interesses qualificado por uma pretensão contestada.” (CARNELUTTI, Francesco. Sistema de direito processual civil. 2ª ed. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004.)

A ressalva aos magistrados se faz pelo fato de que, caso o terceiro fosse um Juiz, por certo se estaria perante o Poder Judiciário, e não se trataria de uma arbitragem.

Este terceiro, no entanto, ao ser investido nas funções de árbitro, passa a ser Juiz de fato e de direito, conforme estabelece o artigo 18 da Lei de Arbitragem. Ao ser indicado pelas partes, ou por elas aceito, o árbitro torna-se Juiz entre elas, ainda que exclusivamente no tocante ao objeto da arbitragem.

Justamente por ser investido de poderes jurisdicionais próprios de Juízes, aos árbitros aplicam-se os mesmo princípios aplicáveis àqueles, quais sejam: imparcialidade, independência, e competência; bem como as hipóteses de impedimento e suspeição dispostos no artigo 134 do Código de Processo Civil

#### 2.2.4. Anuência obrigatória das partes

Em face da primazia da jurisdição estatal, dela somente se abre mão mediante manifestação expressa. Sem esta, a instituição do juízo arbitral eiva-se de nulidade e inconstitucionalidade.

Pelo mesmo motivo, a arbitragem é necessariamente facultativa, ou seja, as partes somente se submetem ao juízo arbitral se assim o desejarem, e manifestarem este desejo; seja em um momento anterior ao surgimento de potencial conflito (cláusula compromissória) seja após (compromisso arbitral).

Conforme veremos a seguir, a opção das partes pelo juízo arbitral em detrimento do Poder Judiciário não agride o princípio do acesso ao Judiciário, pois este somente lhes será impedido tendo em vista a sua própria vontade manifesta.

Perceba-se a definição da capacidade *in contrahendo* como requisito para a eleição da arbitragem, pois sem esta, a manifestação é inválida.

#### 2.2.5. Arbitrabilidade

Trata-se da delimitação da abrangência da arbitragem, permitindo-lhe somente a aplicação em conflitos que envolvam direitos patrimoniais transigíveis.

Tal restrição tem origens em comum à acima: a primazia do Estado na jurisdição e o princípio do livre acesso ao Judiciário.

A partir destas se pressupõe que a manifestação das partes somente será válida para casos que não envolvam matérias para as quais haja reserva de jurisdição ao Estado. Em outras palavras, deve haver autorização legal para que determinados litígios sejam resolvidos por arbitragem.

No caso do direito, esta autorização se dá somente para os casos que preencham dois requisitos: tratem-se de direitos patrimoniais e que tais direitos sejam transigíveis.

Por patrimoniais se entendem os direitos possíveis de serem mensurados economicamente, para fins de alienação por seus titulares. Ficam vedados à arbitragem, portanto, direitos personalíssimos, relativos ao estado das pessoas, difusos, etc.

Por transigíveis, entendem-se os direitos passíveis de renúncia, transação e/ou disposição livre por seus titulares. Inarbitráveis, assim, os direitos dos incapazes, os inalienáveis, impenhoráveis, e afins.

Desta forma, mesmo que haja manifestação das partes titulares de tais direitos, a instituição da arbitragem fica impedida, pela falta de autorização estatal para que tais matérias saiam da égide da jurisdição estatal.

#### 2.2.6. Obrigatoriedade da decisão

Sem que a decisão proferida na sentença arbitral seja de cumprimento obrigatório, a arbitragem perderia seu perfil jurisdicional. A obrigatoriedade se dá a partir do momento em que as partes acordam em submeter um determinado litígio à arbitragem, fazendo com que a decisão proferida pelo terceiro equivalha a uma decisão judicial.

Mesmo quando a recorribilidade da decisão arbitral é garantida, ou ainda que esta careça de homologação judicial (como anteriormente no Brasil, e como ainda persiste em alguns ordenamentos estrangeiros) a obrigatoriedade da decisão subsiste.

Isto porque, quando se outorga a via *recursal*, parte-se do pressuposto de que a decisão atacada é vinculativa; e quando é necessária a homologação, esta analisa somente os pressupostos de validade da decisão, não interferindo no mérito da mesma.

Reconstruindo o conceito a partir das características ressaltadas acima, podemos dizer que: a arbitragem é um instituto pelo qual litigantes optam, mediante manifestação de suas vontades, por outorgar a um ou mais terceiros que não representem o poder estatal, os poderes para solver-lhes a controvérsia, por meio de decisão de caráter jurisdicional

Perceba-se, por esta conceituação, a flagrante diferenciação entre o conceito de arbitragem e das transações<sup>21</sup>, em que estas apresentam o entendimento entre as partes como o principal meio de solução das controvérsias, enquanto àquele sobressai a outorga de poderes pelas partes à terceiros, para que este julquem seus litígios, resolvendo-lhes a disputa.

Ou seja, na arbitragem, a solução é dada por terceiro neutro, cuja decisão é autônoma da opinião das partes, que lhe outorgaram poderes para decidir a questão como melhor lhe parecer.

---

<sup>21</sup> “A transação é um negócio jurídico bilateral, pelo qual as partes interessadas, fazendo-se concessões mútuas, previnem ou extinguem obrigações litigiosas ou duvidosas”. (DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 16ª. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2002, p. 310)

### 3. ARBITRAGEM E JURISDIÇÃO

Uma das discussões travadas sobre o instituto da arbitragem é a sua classificação como espécie de jurisdição ou como equivalente jurisdicional. Até o advento da Lei 9307/1996, a arbitragem era classificada quase unanimemente pela doutrina como equivalente jurisdicional. Àquele momento tal classificação talvez fizesse sentido, mas com as novas características trazidas ao ordenamento brasileiro com a Lei de Arbitragem, tal posição deve ser questionada, como veremos.

Inicialmente, cabe um pequeno e sucinto estudo sobre a jurisdição:

#### 3.1. Estudo de Jurisdição

##### 3.1.1. Conceitos

Para Chiovenda, jurisdição é *“a função do Estado que tem por escopo atuação concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva”*.<sup>22</sup>

Nas palavras de Galeno Lacerda, citado por Athos Gusmão Carneiro, jurisdição *“é a atividade pela qual o Estado, com eficácia vinculativa plena, elimina a lide, declarando e/ou realizando o direito concreto”*.<sup>23</sup> Nota-se a forte influência Carneluttiana, de jurisdição como meio de “justa composição da lide”.

Perceba-se a expressa referência feita pelos professores à característica exclusivamente estatal da jurisdição.

Tais conceitos, entretanto, representam uma realidade histórica diferente da atual. Evidentemente não podem ser ditas equivocadas, pois revelam o reflexo da realidade à época em que foram construídas. Não poderiam guardar conexão com o Estado Contemporâneo, e devem ser tidas somente como análise histórica.<sup>24</sup>

Buscando as palavras daqueles que tentam informar aos leigos, vejamos o verbete correspondente no Dicionário Aurélio: *“Poder atribuído a uma autoridade*

---

<sup>22</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Campinas: Bookseller, 2000, v.2, p.8.

<sup>23</sup> LACERDA, Galeno. *apud* CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

<sup>24</sup> MARINONI, Luis Guilherme. *Teoria geral do Processo*. Curitiba : RT, 2006.Pg. 150.

*para fazer cumprir determinada categoria de leis e punir quem as infrinja em determinada área*".<sup>25</sup>

Nota-se que, diferentemente do que afirmavam os professores anteriormente citados, o verbete transcrito não faz menção ao Estado, citando tão somente a presença de uma "autoridade", a quem é "atribuído poder" de fazer cumprir as leis.

Luiz Rodrigues Wambier igualmente deixa de citar a presença do Estado no conceito de jurisdição, definindo-a como *"a função que consiste, primordialmente, em resolver os conflitos que a ela sejam apresentados pelas pessoas (...) em lugar dos interessados, por meio da aplicação de uma solução prevista pelo sistema jurídico."*<sup>26</sup>

A conceituação de jurisdição, entretanto, seja talvez uma das mais acaloradas batalhas da doutrina processualista da atualidade. Têm-se buscado o conceito de jurisdição na contraposição desta com a atividade legislativa, típica do Poder Legislativo; e com a atividade administrativa, do Poder Executivo. Todas as formas pelas quais buscou-se conceituar a jurisdição, entretanto, são passíveis de críticas.<sup>27</sup>

A busca pelo conceito de jurisdição, destarte, deve ater-se ao ponto em que auxilie em sua compreensão. A busca obsessiva pelo seu conceito exato nos leva ao conceptualismo, e nos afasta da realidade.

### 3.1.2. Elementos

Desta forma, cabe, tão somente, destacar os elementos de jurisdição que mais se aproximam do consenso doutrinário, quais sejam, a de substituição, a de coisa julgada, a de lide e a de imparcialidade<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. 2ª ed. Revista e ampliada. Ed. Nova Fronteira.

<sup>26</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil, vol. 1 : teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 6ª ed. ver., atual., e ampl. São Paulo : RT, 2003.

<sup>27</sup> TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. Capítulo IV,1. in <[www.tex.pro.br/wwwroot/livroelementos/livroelementosindex.htm](http://www.tex.pro.br/wwwroot/livroelementos/livroelementosindex.htm)> acesso em 16/07/2006.

<sup>28</sup> Idem.



#### 3.1.2.1. substituição

Por substituição entenda-se a sobreposição da vontade do julgador<sup>29</sup> sobre a dos contendores, bem como a tomada por parte deste dos atos de defesa dos direitos dos indivíduos, retirando-lhes a auto-tutela. Em outras palavras, pode-se dizer que, pela substituição, o julgador se interpõe entre as partes, substituindo-lhes no exercício de seus poderes sobre a parte adversa.

#### 3.1.2.2. coisa julgada

Por coisa julgada entenda-se a criação, pela decisão do julgador, de certeza jurídica. Calamandrei considera os efeitos de coisa julgada como essenciais à natureza da jurisdição, pois é justamente a sua certeza que lhe distingue dos atos meramente administrativos.

#### 3.1.2.3. lide

Por lide, reiterando o conceito de Carnelutti já anteriormente citado, entenda-se o “conflito (intersubjetivo) de interesses qualificado por uma pretensão contestada”<sup>30</sup>. Ou seja, para que haja jurisdição, é necessário que haja lide a ser solvida.<sup>31</sup>

#### 3.1.2.4. imparcialidade

A imparcialidade representa a solução do litígio por uma terceira pessoa (o que a diferencia da auto-composição) neutra, sem interesse ou participação na lide. Em suma, significa que, havendo autor e réu de uma ação, o julgador não será nenhum deles, em respeito ao princípio de que *nemo iudex in rem suam*; nem tampouco será o julgador subordinado a nenhuma das partes, independente, portanto.

---

<sup>29</sup> Propositamente evitaremos a expressão “juiz”, para que não influencie na percepção final.

<sup>30</sup> CARNELUTTI, Francesco. Sistema de direito processual civil. 2ª ed. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004.

<sup>31</sup> Tal característica é, em especial, problemática. Levanta-se o questionamento da jurisdicionalidade das sentenças proferidas em ações de jurisdição voluntária, em que não há lide. De qualquer modo, a lide da qual tratamos pode ser tida como hipótese em abstrato, caracterizada pela pretensão do autor, sobre a qual apenas se supõe eventual resistência do réu. Em tal questionamento, entretanto, não nos aprofundaremos, por não se tratar do objeto deste estudo.

Traçado, desta maneira, um brevíssimo estudo sobre a jurisdição, passemos a analisar se sua natureza jurídica é a mesma da arbitragem, ou não:

### **3.2. Arbitragem como equivalente jurisdicional**

Conforme mencionado previamente, em momento anterior à promulgação da Lei 9307/1996, a doutrina era quase unânime em reconhecer da arbitragem (ao menos na forma em que se encontrava em nosso ordenamento) a natureza jurídica de equivalente processual.

Tal classificação, à época, fazia sentido. Afinal de contas, a redação do artigo 39, incisos II a IV assim o declaravam expressamente. Ademais, a exigência de homologação judicial do laudo arbitral certamente colocava-o em par com a transação.

Aquele posicionamento era referendado pelo conceito de jurisdição proposto por Chiovenda, acima exposto, cuja interpretação leva à conclusão de que qualquer método compositivo sem a intervenção do Estado seria equivalente jurisdicional.

Entretanto, retornando ao que dissemos sobre a relevância histórica do conceito de Chiovenda, é necessária uma revisão do conceito de jurisdição, revisão esta que ao lado das alterações implementadas pela Lei 9307/1996, ao nosso ver, retira a arbitragem do grupo dos equivalentes jurisdicionais.

### **3.3. Arbitragem como jurisdição**

Conforme deduzimos anteriormente, na nossa revisão do conceito de arbitragem, são cinco as suas principais características: a substituição, a coisa julgada, a lide e a imparcialidade.

Ora, impossível não perceber a presença de todas as características mencionadas.

O árbitro, conforme indica o artigo 18 de Lei de arbitragem, “*é juiz de fato e de direito*”, atuando, como o juiz togado, por substituição das partes e de sua vontade e cognição.

Dando seqüência à leitura do artigo 18, temos que a decisão proferida por árbitros “*não fica sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário*”, ou seja, é

final e imutável. Ainda pela exegese da Lei, temos o artigo 31, que estabelece que “a *sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo*”.

Ao expressamente declarar a equivalência dos efeitos da sentença arbitral e da sentença judicial, o legislador dá àquela autoridade de coisa julgada<sup>32</sup>, cujo mérito não poderá mais ser discutido por outro juízo, arbitral ou judicial.

A existência de lide como requisito é, ainda, indicada no artigo 1º da Lei, ao informar que a arbitragem tem por finalidade “*dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*”.

A imparcialidade, última característica ressaltada em nosso estudo, é essencial ao juízo arbitral, tanto quanto no juízo estatal. Tanto assim que o artigo 14 da Lei de Arbitragem estabelece que aos Juízes arbitrais se aplicam as mesmas restrições de suspeição e impedimento que o Código de Processo Civil aplica sobre os juízes togados.

Ou seja, das principais características da jurisdição, a arbitragem preenche todas.

Da mesma forma, concluímos pela natureza jurídica da arbitragem pela diferenciação da atividade jurisdicional da atividade administrativa. Por este caminho chegamos, mais uma vez, à substituição como elemento de caracterização. Na atividade administrativa o Estado é parte e age de acordo com a Lei, cuja interpretação cabe a si mesmo; na atividade jurisdicional; o juiz não é parte, e faz cumprir a Lei por terceiros.

Nas palavras de Chiovenda:

*“... a própria administração julga, pois que não age a não ser como apoio num juízo, mas julga sobre sua própria atividade. Ao contrário, a jurisdição julga da atividade alheia e duma vontade da lei concernente a outrem.”*<sup>33</sup>

Entretanto, por não se tratar de uma justiça pública e estatal, muitos doutrinadores consideram impossível classificar sua natureza jurídica como sendo de jurisdição.

---

<sup>32</sup> CARREIRA ALVIM, J.E. *op cit.* Pág. 152

<sup>33</sup> CHIOVENDA, G. *op cit.* Pág. 18.

O teórico americano Owen Fiss, citado por Marinoni, aponta que umas das importantes diferenças entre o juízo estatal e o arbitral é o caráter público do primeiro e o privado do segundo. Para Fiss, em suma, a arbitragem não é jurisdição pois o árbitro tem por função resolver uma disputa tão somente, enquanto ao juiz estatal cabe uma função mais ampla: como agente público cabe-lhe “*criar e impor normas de amplitude social (...) como um meio de dar sentido aos nossos valores públicos*”.<sup>34</sup>

Neste sentido, temos a opinião de Arruda Alvim, para quem “somente é juiz aquele integrado no Poder Judiciário”.<sup>35</sup> Tal posicionamento, entretanto, sofre revisão necessária com a disposição do artigo 18 da Lei de Arbitragem.

Voltando ao raciocínio de Marinoni, este aponta também que não há necessidade de atribuir à arbitragem natureza jurídica jurisdicional, para que sua constitucionalidade seja justificada. Cita, inclusive, posicionamento de Juan Monroy Palacios<sup>36</sup>, para quem a arbitragem mantém sua autonomia baseada sobre a autonomia da vontade daqueles que a estabelecem, e não sobre a natureza jurídica jurisdicional.

Ainda acompanhando Marinoni, em seu muito bem resolvido trabalho sobre a jurisdição, ver na arbitragem uma “jurisdição privada” ofende o princípio da “unidade da jurisdição”, pois a cindiria em duas, apartando a primeira da “jurisdição estatal”<sup>37</sup>.

O ponto central da discussão, desta forma, passa a ser se a presença do Estado é, ou não, nevrálgica à jurisdição.

Para Nelson Nery Júnior, a presença do Estado no processo não é requisito da jurisdição, uma vez que “*a ordem jurídica estatal reconhece a autoridade do juízo arbitral e, por isso, o investiu do poder jurisdicional*”<sup>38</sup>. Vai, ainda, além: “*o processo*

---

<sup>34</sup> FISS, Owen. *The forms of justice*. in *Harvard Law Review*, 93, novembro/1979, p. 30-31, *apud* MARINONI, L.G. *op cit.* Pág. 154

<sup>35</sup> ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil, V.1: parte geral*. 7ª ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: RT, 2001 Pág. 153.

<sup>36</sup> PALACIOS, Juan Monroy. *Arbitraje, jurisdicción y proceso*, in *Revista de direito processual civil*, v. 36, *apud* MARINONI, L.G. *op cit.* Pág.149

<sup>37</sup> MARINONI, L. G. *op cit.* Pág. 150.

<sup>38</sup> NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 2ª ed. ver. e aum. São Paulo: RT, 1995. p. 75.

*arbitral não pertence ao direito privado, mas ao processual e, pois, ao direito público*”<sup>39</sup>.

Não haveria, portanto, “jurisdição pública” e “jurisdição privada”. Existiria, sim, uma cisão entre justiça pública e privada, ambas dotadas de jurisdição que é, sempre, pública.

Evidentemente, ao juízo arbitral não é atribuída a jurisdição em sua totalidade, pois possui apenas os atributos da *notio*, *vocatio* e do *iudicium*.<sup>40</sup> Faltam-lhe o *coertio* e o *executio*. Trata-se, sem prejuízo à natureza jurídica, de jurisdição parcial<sup>41</sup>.

Cabe, por fim, asseverar que deixar a arbitragem em um “limbo” jurídico, no qual é mais do que mero equivalente jurisdicional, porém sem chegar a jurisdição, serve somente para criar embaraços à sua utilização e, por consequência, à realização da vontade da Lei.

Melhor, portanto, tomar posição, e defendê-la. Desta forma, cremos ser possível reconhecer na arbitragem verdadeira natureza jurisdicional. Jurisdição parcial, porém plena nos poderes que lhe atribui a lei. Jurisdição pública, mesmo que atribuída à justiça privada; pois a jurisdição é una, e pública.

---

<sup>39</sup> Idem.

<sup>40</sup> VILELA, *Arbitragem no direito societário*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004 p. 60.

<sup>41</sup> NERY JR., N. *loc cit.* Pág. 76.

## **CAPÍTULO II**

### **DIREITO SOCIETÁRIO**

#### **4. NATUREZA JURÍDICA DOS CONTRATOS DE SOCIEDADE**

Como primeiro passo no estudo da aplicação da arbitragem nos conflitos sociais, primeiramente cabe-nos uma análise da natureza jurídica do contrato de sociedade. Tal estudo tem por finalidade averiguar a possibilidade de inclusão de uma cláusula compromissória diretamente nos contratos e estatutos sociais.

A natureza jurídica dos contratos de sociedades é objetos de extensos e complexos estudos da doutrina do Direito Comercial. Por isto mesmo, traçaremos aqui um perfunctório arranjo das principais teorias.

##### **4.1. Teorias Anticontratualistas**

Juristas alemães e italianos, como Lehmann e Rocco, apontavam para a formação da sociedade pela fusão da vontade dos sócios, e com o surgimento de uma “vontade da sociedade”. Dentro desta teoria, há uma cisão entre os que viam em tal fusão um “ato coletivo” e os que viam um “ato complexo”.

Para o primeiro subgrupo, após o surgimento da “vontade da sociedade”, as declarações individuais dos sócios ainda seriam perceptíveis e individualizáveis do todo. A “vontade da sociedade” seria um mosaico das vontades individuais, que se unem, mas mantém-se divisíveis.

Para os segundos, as vontades individuais se “fundem” no todo. Tornam-se indivisíveis, deixando de existir separadamente.

Para Rubens Requião<sup>42</sup>, as teorias anticontratualistas não servem para explicar o fenômeno societário. Para ele, não se pode falar em “união” ou “fusão” das vontades dos sócios. Estas são permanentemente individuais, ora latentes, ora expressamente.

---

<sup>42</sup> REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. São Paulo : Saraiva, 1989. pg. 273/274.

## 4.2. Teoria Contratualista

Para o doutrinador italiano Túlio Ascarelli, cuja doutrina teve grande permeabilidade no Brasil, o contrato de sociedades é um *contrato plurilateral*.

Diferentemente dos contratos em geral, nestes os contratantes não assumem obrigações contrapostas mas, pelo contrário, unem esforços em busca de um objetivo comum. É um contrato aberto, do qual qualquer uma das partes pode retirar-se, seja por meio da alienação de sua cota-parte, seja pela dissolução da sociedade.

## 4.3. Teoria Institucional

Em contraposição à visão contratualista, vários doutrinadores apontavam a natureza institucional destes contratos, dentre os quais destacava-se a posição de Hariou:

*“... contrato de sociedade é uma organização social, estável em relação à ordem geral das coisas, cuja permanência é assegurada por um equilíbrio de forças ou por uma separação de poderes, e que constitui, por si mesma, em estado de direito.”<sup>43</sup>*

A manifestação da vontade dos associados, entretanto, esteve sempre na base da construção das teorias, sendo que estas tão somente divergiam no tocante à importância dada à vontade.

## 4.4. Teoria do contrato plurilateral – adotada pelo Código Civil de 2002

O Código Civil de 2002 consagrou a teoria contratualista, pela definição de contrato de sociedade que encarta em seu artigo 981. O artigo seguinte faz a distinção das sociedades empresárias e civis, de acordo com a espécie de atividade a que se dedicam.

*“Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.”*

---

<sup>43</sup> HARIOU. *apud* REQUIÃO, R. *op cit.* Pág. 275.

*Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.*

*Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais.*

*Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa.”*

Para Rubens Requião “*apresenta-se a teoria do contrato plurilateral como capaz de explicar e resolver, com mais lógica, intrincados problemas da sociedade comercial, superando as demais teorias*”<sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup> REQUIÃO, R. *loc cit.* Pág. 278.



## CAPÍTULO III

### CONVENÇÃO ARBITRAL

#### 5. CONVENÇÃO ARBITRAL

Cláusula Compromissória e Compromisso Arbitral são espécies do mesmo gênero: Convenção Arbitral.

Antes de tratarmos de cada uma das espécies isoladamente, cabe estudarmos a convenção arbitral como unidade, mesmo porque as observações feitas quanto a este último são igualmente válidas para suas espécies, cuja distinção far-se-á adiante.

##### 5.1. Convenção Arbitral

Esta visão unitária da convenção arbitral, inclusive, já é adotado pela legislação de vários países, como Espanha e Japão, em que os vocábulos das espécies não são mais utilizados, sendo feita referência somente à convenção.

##### 5.1.1. Conceitos

O conceito de convenção arbitral é encontrado nos próprios ordenamentos que o adotaram como gênero indiviso.

O modelo de Lei de Arbitragem Comercial Internacional proposto pela UNCITRAL (adotada sem nenhuma ou com poucas alterações por diversos países; como Canadá, Austrália, Hong Kong, Escócia, Rússia e México) traz em seu Artigo 7º, item 1, uma definição de convenção arbitral:

*“Article 7 - Definition and form of arbitration agreement*

*1. ‘Arbitration agreement’ is an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not. An arbitration agreement may be in the form of an arbitration clause in a contract or in the form of a separate agreement.”*<sup>45</sup>

---

<sup>45</sup> Disponível em <[www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/06-54671\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/06-54671_Ebook.pdf)>. Acesso em 09/09/2006. Sem grifo no original.

A Nova Lei de Arbitragem espanhola (Ley 60/2003, que substituiu a já citada Ley 36/1998) traz em seu artigo 9º, item 1, elementos que compõem o conceito da convenção:

“Art.9 (...)

1. *El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.*”<sup>46</sup>

A nova Lei de Arbitragem Japonesa (仲裁法), Lei 138/2003, (que substituiu antiquada legislação anterior, de mais de 100 anos <sup>47</sup>) traz em seu artigo 2º, o seu conceito de convenção arbitral, mais amplo do que a espanhola, em que pode ser percebida a união dos conceitos da cláusula compromissória e do compromisso arbitral:

“Artigo 2. Para os fins desta Lei ‘Convenção de Arbitragem’ deve significar um acordo de partes, por meio do qual estas submetem a um ou mais árbitros a solução de uma, ou todas as disputas civis que tenham surgido, ou possam vir a surgir, a partir de uma determinada relação jurídica (contratual ou não) e pela qual se comprometem a cumprir o seu laudo (doravante denominado ‘laudo arbitral’)”<sup>48</sup>

### 5.1.2. Natureza Jurídica

A natureza jurídica do compromisso arbitral, ao primeiro olhar, é contratual; pois este é baseado na livre disposição da vontade das partes. Entretanto, tal percepção não subsiste à uma análise mais precisa.

Isto porque há uma diferença fundamental entre as disposições contratuais ditas “comuns” e a convenção de arbitragem. Nas primeiras a vontade das partes

---

<sup>46</sup> Disponível em <<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/contract/Larbr-03.htm#t2>>. Acesso em 20/07/06. Sem grifo no original.

<sup>47</sup> WAGONER, David E.. *Japan becomes a friendly place for international arbitration*. Disponível em <[www.adr.org/si.asp?id=2339.pdf](http://www.adr.org/si.asp?id=2339.pdf)>. Acesso em 08/09/06.

<sup>48</sup> “第二条 - この法律において「仲裁合意」とは、既に生じた民事上の紛争又は将来において生ずる一定の法律関係（契約に基づくものであるかどうかを問わない）に関する民事上の紛争の全部又は一部の解決を一人又は二人以上の仲裁人にゆだね、かつ、その判断（以下「仲裁判断」という。）に服する旨の合意をいう。” Tradução livre do autor. Disponível em NUMABE, Aiichi. *Gendai Kaji Choutei Manyuaru*. Tóquio : Ichitsubu, 2000. (沼邊愛一. 現代家事調停マニュアル. 東京 : 一粒社, 2000).

tem um mesmo vetor, porém em sentidos opostos: Um deseja vender, o outro, comprar; um deseja prestar serviço, o outro, obter serviço; e assim por diante.

Já os “convenientes” (como os chama Carreira Alvim) têm um mesmo objetivo ao firmarem o compromisso: outorgar ao juízo arbitral a competência para dirimir conflito determinado ou determinável.

Muito embora em relação ao conflito em si as partes se encontrem em pólos opostos, no momento da firma da convenção, ambos desejam a mesma coisa.

O compromisso arbitral, portanto, tem natureza jurídica distinta dos contratos. Para Carreira Alvim, tal natureza é de convenção jurisdicional:

*“(...) convenção e contrato possuem perfil distinto, tanto que se refere à sua causa imediata ou próxima (índole processual), quanto no que se refere à sua causa mediata ou remota (de índole substancial). Portanto, é equívoco supor que a arbitragem se assenta numa base contratual, porque, na verdade, apóia-se numa base convencional, no sentido que lhe é dado no texto; é convencional na origem e jurisdicional na finalidade.”*<sup>49</sup>

A convenção arbitral, portanto, tem o poder de determinar a instauração, futura ou presente, de juízo arbitral, afastando a competência originária do juízo estatal. Pela conceituação una expressa nos ordenamentos supramencionados, não se faz distinção da convenção de acordo com o momento em que esta é celebrada, nem tampouco se alteram seus efeitos.

## **5.2. Diferenciação entre Cláusula Compromissória e Compromisso Arbitral**

A legislação brasileira, herdeira da tradição francesa, promove a classificação das espécies de convenções arbitrais de acordo com o momento em que é celebrada, dividindo-a em duas: a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, como bem deixa claro o art. 3º da Lei de Arbitragem:

*“Art.3º. As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.”* (grifo nosso)

---

<sup>49</sup> CARREIRA ALVIM, J.E. *op cit.* Pág. 04

A cláusula compromissória é a espécie de convenção arbitral que se celebra em momento anterior ao surgimento de eventual conflito. Através dela as partes se comprometem a submeter ao juízo arbitral conflitos futuros, acerca de um contrato.

A legislação francesa, da qual se origina a nossa, como dissemos, aponta tais características como diferenciadoras da cláusula arbitral, quais sejam: a eventualidade do conflito futuro, bem como sua ligação a um contrato determinado. O Código de Processo Civil francês traz o conceito de cláusula compromissória em seu artigo 1442:

*“Article 1442 - La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce contrat.”*<sup>50</sup>

O artigo 4º da Lei de Arbitragem brasileira é a tradução do texto francês:

*“Art. 4º. A cláusula compromissória é a convenção a partir da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir relativamente a tal contrato.”* (grifo nosso)

Já o compromisso arbitral é a convenção arbitral celebrada quando já está configurado um conflito, elegendo-se o foro arbitral para a solução deste determinado litígio. Perceba-se que a legislação francesa, no artigo 1447 do Código de Processo Civil, deixa de se referir às “partes em um contrato” e passa a mencionar “partes em um litígio”:

*“Article 1447 -Le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage d'une ou plusieurs personnes.”*<sup>51</sup>

A característica que diferencia a cláusula compromissória do compromisso arbitral é o tempo de sua celebração em relação ao litígio, se anterior ou posterior. As demais diferentes existentes, que veremos a seguir, são consequências da primeira.

---

<sup>50</sup> Disponível em <[www.lexinter.net/NCPC/clause\\_compromissoires.htm](http://www.lexinter.net/NCPC/clause_compromissoires.htm)>. Acesso em 22/07/2006. Grifo nosso.

<sup>51</sup> Disponível em <[www.lexinter.net/NCPC/compromis.htm](http://www.lexinter.net/NCPC/compromis.htm)>. Acesso em 22/07/2006. Grifo nosso.

### **5.3. Características comuns**

Como a cláusula compromissória e o compromisso arbitral são espécies de convenção arbitral, são comuns às duas primeiras as características da última. Em especial, têm ambas o mesmo efeito, qual seja; o poder de determinar a instauração, futura ou presente, de juízo arbitral, afastando a competência originária do juízo estatal.<sup>52</sup>

São requisitos comuns a ambos os mesmos requisitos apontados para o instituto da arbitragem como um todo, ou seja, a livre disposição das partes convenientes, a capacidade contratual das partes, a disponibilidade e a transigibilidade dos direitos submetidos à arbitragem.

### **5.4. Compromisso Arbitral**

O compromisso arbitral pode tanto ser firmado com o intuito de ser o cumprimento final do pactuado na cláusula compromissória, quanto pode ser celebrado sem a existência prévia desta.

Mesmo que as partes não tenham previamente cogitado a hipótese de submeter um eventual conflito à arbitragem, assim podem pactuar após seu surgimento, inclusive no decurso de processo judicial, conforme aponta o §1º do artigo 9º da Lei de Arbitragem. Neste caso, tratar-se-á de compromisso judicial.

Pode também ser celebrado antes da instauração de processo judicial (porém após a existência de conflito) ou, ainda, durante o curso deste, de forma extrajudicial. Para tanto, deve ser firmado pelas partes e duas testemunhas em instrumento particular, ou somente pelas partes em instrumento público.

Em caso de compromisso extrajudicial firmado durante o curso de processo judicial, o instrumento deve ser juntado aos autos, para que o Juiz encerre o processo sem julgamento do mérito, conforme art. 267, VII, do Código de Processo Civil.

Reparo ao fato de que, no caso do compromisso, não importa a origem do conflito, contratual ou não, desde que relacionada a direitos patrimoniais disponíveis.

#### 5.4.1. Requisitos obrigatórios

Justamente por ser celebrado quando o litígio já está configurado, os requisitos do compromisso arbitral (suplementares àqueles comuns à cláusula compromissória, tratados acima) são mais específicos.

O Artigo 10 da Lei de Arbitragem elenca os dados que devem, necessariamente, constar do compromisso arbitral. São eles: a classificação completa das partes compromitentes; indicação do árbitro, ou árbitros que comporão o juízo, ou ainda a entidade à quem caberá a indicação destes; a indicação da matéria a ser objeto da arbitragem e, por fim, o local em que será proferida a arbitragem.

Destes requisitos, sobressai a necessidade de delimitação exata, já no compromisso, da matéria a ser decidida pelo juízo arbitral. Tal exigência é o que, hoje, diferencia o compromisso da cláusula compromissória.

Esta delimitação é possível de ser feita sem transtornos no compromisso arbitral pois, como vimos, este é firmado em momento posterior ao conflito, sendo assim possível discriminar este.

A importância da delimitação da matéria da arbitragem é de especial importância, dentro destes limites que os árbitros deverão proferir sua sentença. Não podem deixar de analisar o objeto indicado pelas partes, nem tampouco excedê-lo.

Para alguns doutrinadores, o objeto deve ser identificado com absoluta precisão, sob pena de nulidade. Para a doutrina e jurisprudência espanholas, por exemplo, não basta indicar como objeto meramente “os conflitos originados de um determinado contrato”, devendo sua descrição conter todos os seus liames.<sup>53</sup>

A Lei 9307/1996, em comparação com o ordenamento antes vigente no Brasil, diminuiu o nível de tal exigência, aproximando-se da doutrina italiana, no sentido de entender que a tal descrição basta individualizar o litígio, não ensejando a nulidade o fato de não se exaurir sua delimitação.<sup>54</sup>

As partes devem também indicar no compromisso a quem caberá o julgamento do conflito, indicando os árbitros, ou a quem caberá indicá-los. Nesta

---

<sup>52</sup> O efeito comum, no Brasil, somente se dá com o advento da Lei 9307/1996.

<sup>53</sup> CARMONA, C. *op cit.* Pág. 139.

<sup>54</sup> Idem.

indicação, as partes possuem grande liberdade, podendo estabelecer os mais diferentes detalhes. Caso confiem o julgamento da questão a uma só pessoa, e a ninguém mais, podem estabelecer que este não poderá ser substituído, não subsistindo o compromisso. Caso deleguem a alguma entidade a nomeação dos árbitros, podem estabelecer requisitos para a indicação (uma qualificação técnica-profissional específica, por exemplo). As formas de detalhamento são livres, limitadas somente pela imaginação e desejo das partes, e pelo limite da viabilidade prática de sua execução.

Outra grande vantagem da arbitragem oriunda dos elementos indispensáveis ao compromisso é a escolha do local em que será proferida a arbitragem. Isto porque é esta informação que servirá à classificação de uma sentença arbitral como nacional ou estrangeira. Desta forma, caso assim prefiram as partes, mesmo que sejam indicados árbitros estrangeiros, que o julgamento se baseie em direito estrangeiro, que todo o procedimento seja realizado no exterior; basta que a sentença seja proferida no Brasil para que seja nacional.

#### 5.4.2. Informações opcionais

Além destas informações obrigatórias, pode se fazer constar no compromisso outros dados opcionais, porém relevantes, como informa o artigo 11 da nossa Lei. Alguns destes elementos opcionais são o que oferecem à arbitragem algumas de suas principais vantagens.

A possibilidade das partes definirem, antes do início da arbitragem, o prazo máximo para a apresentação da sentença arbitral consagra uma de suas principais características: a celeridade.

Respeitados os princípios constitucionais de amplo contraditório e de igualdade entre os litigantes, as partes podem estabelecer regras procedimentais que melhor respondam às suas necessidades, mesmo que sejam diferentes daquilo que prescreve a Lei. Esta apenas indica um regramento a ser utilizado no caso das partes não convencionarem de forma distinta.

Uma das principais possibilidades de alteração dos trâmites gerais do processo que podem, legalmente, serem feitas no compromisso arbitral é a escolha por decisões livres de recurso, mesmo que arbitral.

Outra característica central da arbitragem esta na possibilidade das partes, caso assim o desejem, autorizarem o juízo arbitral a julgar pelo critério da equidade. A regra geral não o permite, mas autoriza as partes a de tal forma pactuar.

Todas estas características do compromisso arbitral terão especial influência na aplicação da arbitragem na solução de conflitos societários, como veremos futuramente.

## 5.5. Cláusula Compromissória

Antes da promulgação da Lei 9307/1996, o ordenamento brasileiro não dispunha sobre a cláusula compromissória, mas tão somente do compromisso arbitral. A executividade específica era garantida somente para o compromisso arbitral, garantindo-se a jurisdição arbitral mesmo em caso de resistência de uma das partes.

### 5.5.1. Pacto in contrahendo

A cláusula compromissória, entretanto, àquele momento era vista simplesmente como *pacto in contrahendo*, pela qual as partes somente prometiam firmar um compromisso arbitral no caso do surgimento de litígio. Caso uma delas se negasse a fazê-lo, à outra parte não era dado coagi-la a cumprir a promessa.

O descumprimento, em tais casos, dava ensejo somente à possíveis pedidos de reparação de danos, mas não à execução específica da obrigação de fazer que representava.

Tal posicionamento era, inclusive, referendado pelo Supremo Tribunal Federal, à época, como se vê neste julgado de 1967:

*“CLÁUSULA COMPROMISSORIA (PACTUM DE COMPROMITENDO) AINDA NÃO É O COMPROMISSO CONSTITUTIVO DO JUÍZO ARBITRAL, MAS OBRIGAÇÃO DE O CELEBRAR. Trata-se de uma obrigação de fazer, que se resolve em perdas e danos e que, como pacto de ordem privada, não torna incompetente o juiz natural das partes, se a ele recorrem.”<sup>55</sup>*

---

<sup>55</sup> STF; RE 58696; SP; Rel. Min. Luiz Gallotti; Julg. 02/06/1967; DJU 30/08/1967.



Em outras palavras, mesmo com a cláusula compromissória, caso uma das partes não desejasse instaurar o juízo arbitral, bastava-lhe negar-se a firmar o compromisso. Deste modo, a eficácia do instituto da arbitragem caía por terra.

#### 5.5.2. Equivalência entre cláusula compromissória e compromisso arbitral

Tal situação se modificou com a Lei 9037/1996 que, como vimos, trata a cláusula compromissória como espécie de convenção arbitral. Tal tratamento livra-a da característica de promessa de contratar, para atribuir-lhe força para, por si só, determinar a instauração do juízo arbitral.

Se antes a cláusula compromissória era tratada como um pré-contrato, cuja eficácia estava vinculada à celebração posterior de um compromisso arbitral que lhe fixasse o litígio a ser solvido; com a nova Lei passaram ambos a serem espécies de um mesmo gênero, sendo-lhes atribuídas igual eficácia.

#### 5.5.3. Efeito positivo e efeito negativo

A cláusula compromissória, portanto, passou a ter os mesmos efeitos do compromisso arbitral, quais sejam, efeitos negativo e positivo.

O efeito negativo é o de afastar a competência do juízo estatal para julgar o mérito do litígio. Resta ao judiciário a competência para a instauração judicial da arbitragem (nos casos de cláusulas compromissórias vazias), prevista no artigo 7º, e para eventuais tutelas cautelares e coercitivas, negadas ao juízo arbitral, conforme §§2º e 4º do artigo 22 da Lei de Arbitragem.

O efeito positivo é o de instituir, de imediato, o juízo arbitral; atribuindo-lhe a competência para julgar do mérito da demanda, conforme estabelece o artigo 3º.

#### 5.5.4. Requisitos obrigatórios

Nota-se pela leitura da Lei que, tendo em vista a eventualidade do conflito que as partes se comprometem a submeter à arbitragem, a Lei brasileira não mais estabelece que a cláusula compromissória deva identificar o litígio.

O abandono de tal exigência representa vital mudança, uma vez que tal requisito impossibilitaria sua utilização eficaz.

O litígio deve apenas ser determinável, ou seja, o espectro dos litígios futuros abrangidos pela cláusula compromissória deve ser circunscrito àqueles relativos a um dado contrato.

A cláusula, quando firmada em instrumento apartado e não inserta em um contrato, deve fazer referência a que contrato, ou contratos, se estendem seus efeitos. Nada impede que se faça menção, numa mesma cláusula, a vários contratos, estendendo-lhe a abrangência.

É impossível, entretanto, a outorga de jurisdição ao juízo arbitral para todos e quaisquer conflitos futuramente existentes entre partes, indefinidamente.

Destarte, não há limite para a extensão dos efeitos da cláusula compromissória. Esta deve, porém, ser determinável.

A cláusula compromissória deve ser firmada por escrito. A Lei brasileira não prevê a possibilidade de cláusulas verbais, existentes em outros ordenamentos. Tal exigência se faz com o objetivo de delimitar com precisão a extensão da cláusula. Entretanto, alguns doutrinadores entendam que nada impede que a cláusula compromissória faça menção a uma relação jurídica pré-existente ou, até mesmo, que não seja relacionada a um contrato.<sup>56</sup>

Alguns ordenamentos estrangeiros, como vimos acima, ao conceituarem a convenção arbitral (gênero do qual a cláusula é espécie) deixam muito clara a possibilidade de o conflito a ser arbitrado ter origem não contratual.<sup>57</sup>

A Lei brasileira, embora não tenha tal previsão de forma tão expressa, não parece querer impedir a arbitragem para relações não contratuais. Do mesmo modo que procede a doutrina italiana, a doutrina brasileira parece entender pela aceitação da arbitragem para casos extracontratuais.

Nestes casos, como seriam harmonizadas a necessidade de firma da cláusula por escrito, e da possibilidade de aplicá-la a relações não contratuais? A Lei brasileira não parece também indicar à invalidade de cláusulas compromissórias firmadas por meio de correspondências ou outros meios afins, mesmo que sem as formalidades contratuais. Evidentemente, tais casos estariam sujeitos a um juízo de

---

<sup>56</sup> CARMONA, C. *op cit.* Pág. 53.

<sup>57</sup> Vide artigos 9º da Ley 60/2003 espanhola e 2º da Lei 138/2003 japonesa.

certeza, somente sendo válidas as cláusulas sobre as quais não parem dúvidas sobre sua autenticidade, bem como sobre a abrangência que a elas se queria dar.

A cláusula compromissória não possui muitos requisitos. Isto porque sua natureza jurídica (jurisdicional, como convenção arbitral que é) garante-lhe a executividade específica em caso de resistência da outra parte em firmar o compromisso arbitral.

Em outras palavras, basta que a cláusula compromissória expresse indubitavelmente a vontade das partes em submeter litígios à arbitragem.

As demais informações necessárias à instauração do juízo serão complementadas pelo compromisso arbitral, lembrando que a celebração de cláusula compromissórias obriga as partes a celebrar também o compromisso.

Caso uma das partes se recuse a firmar o compromisso quando instada pela outra, assistirá a esta a execução específica da cláusula, pela medida judicial descrita no art. 7º da Lei de Arbitragem, através da qual coagirá a parte relutante a firmar o compromisso, ou então suprirá o seu consentimento, através de sentença que servirá de compromisso arbitral.

#### 5.5.5. Cláusulas vazias

A cláusula compromissória que contém somente os requisitos básicos convencionou-se chamar “cláusula compromissória vazia”. Como dissemos, esta somente tem a função de afastar a competência da justiça estatal e eleger o foro arbitral para dirimir as controvérsias. A instauração do juízo arbitral fica dependente do compromisso arbitral (firmado voluntária ou coercitivamente ou, ainda, suprido por decisão judicial).

#### 5.5.6. Cláusulas cheias

Entretanto, para prevenir a necessidade de manobras judiciais para instaurar o juízo arbitral, podem ser supridos, já na cláusula compromissória, os requisitos do compromisso arbitral, em especial a indicação dos árbitros, ou da pessoa (jurídica ou física) a quem caberá indicá-los.

A indicação dos árbitros é a mais importante provisão da cláusula compromissória cheia, pois é ela que possibilita a formação do juízo arbitral de imediato.

Isto porque parte da doutrina, nacional e estrangeira, entende que se os requisitos do compromisso arbitral forem preenchidos já na cláusula compromissória, esta última seria não somente capaz de prevenir a jurisdição estatal (pela sua natureza jurídica) mas também de, por si só, instalar o juízo arbitral, dispensando a assinatura posterior do compromisso arbitral que a complementa.<sup>58</sup>

Tal corrente, chamada na França de “liberal”<sup>59</sup>, não vê nenhuma distinção entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, uma vez que ambos têm a mesma finalidade: expressar a vontade das partes em submeter litígios à arbitragem.

A corrente oposta, restritiva, vê o compromisso como essencial à formação do juízo arbitral, não aceitando sua dispensa em nenhuma hipótese.<sup>60</sup>

A discussão pode ser abordada da seguinte forma: o compromisso é um requisito em virtude de um rito formal que deve ser obedecido, ou é indispensável por suprir as informações não existentes (pois não exigíveis) na cláusula compromissória?

Justamente em vista do caráter anti-formalista da arbitragem, a maior parte da doutrina analisa a questão pelo segundo critério. Por ele, é inegável que, se a cláusula compromissória dispuser de todas as informações indispensáveis à instauração do juízo arbitral, a celebração do compromisso arbitral com a única finalidade ritualística deve ser dispensada.

Desta forma, alguns doutrinadores orientam a inclusão, já na cláusula compromissória, das informações essenciais ao compromisso arbitral. Desta forma, a única complementação necessária aos termos da cláusula compromissória é a delimitação do conflito, uma vez que este, como vimos, não precisa (e nem poderia) ser descrito pormenorizadamente na cláusula.

---

<sup>58</sup> CARREIRA ALVIM, J.E. *op cit.* Pág. 60.

<sup>59</sup> VILELA, M. G. *op cit.* Pág. 78.

<sup>60</sup> A instauração do juízo arbitral utilizando-se da sentença proferida na ação judicial prevista no artigo 7º de Lei 9307/1996 como compromisso arbitral não implica na dispensa deste último, mas tão somente do suprimento da vontade de parte resistente.

Com tal opinião, Jean Robert <sup>61</sup>, doutrinador francês, entende que “*la clause compromissoire est toujours une convention d’arbitrage ouverte, et le compromis une convention fermée*” <sup>62</sup> ou seja, ambas são a mesma coisa, porém uma está “em aberto” e a outra “fechada”.

Para “fechar” a cláusula compromissória que encontra-se “em aberto”, bastaria a determinação da lide. Para tanto, não é indispensável o compromisso arbitral, mas este expediente pode ser o primeiro ato a ser exercido pelo árbitro, já após a instauração do juízo arbitral.<sup>63</sup>

No Brasil, já encontra-se inclusive jurisprudência definindo quais informações configuram uma cláusula compromissória cheia, tornando-a apta a, sozinha, servir para fundamento à instituição do juízo arbitral.

Para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, para que a cláusula seja considerada “cheia”, no caso de arbitragem institucional, basta que a cláusula faça referência à instituição que deverá administrar o caso, e às regras a serem aplicadas.

*“ARBITRAGEM - Compromisso arbitral - Intervenção judicial - Desnecessidade - Cláusula compromissória estabelecida pelas partes do tipo “cheia”, na qual os contratantes elegem o órgão arbitral e se obrigam a aceitar as normas por ele impostas, preexistentes e de pleno conhecimento dos envolvidos - Inaplicabilidade do art. 7.º da Lei 9.307/96.”*<sup>64</sup>

*ARBITRAGEM - Cláusula compromissória - Execução - Existência de acordo prévio em que as partes estabelecem a forma de instituir a arbitragem, adotando as regras de órgão arbitral institucional, ou de entidade especializada - Hipótese de cláusula compromissória cheia - Submissão às normas do órgão, ou entidade, livremente escolhido pelas partes - Desnecessidade de intervenção judicial a firmar o conteúdo do compromisso arbitral - Recurso provido.*<sup>65</sup>

Evidentemente, nos casos em que não há por nenhuma das partes o intuito de protelar o julgamento da lide, tal discussão deixa de ser relevante, devendo ser firmado o compromisso arbitral mesmo quando houver cláusula compromissória cheia.

---

<sup>61</sup> ROBERT, Jean. *L’arbitrage droit interne droit international privé*. Paris: Dalloz, 1993. *apud* VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Arbitragem no Direito Societário*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 82. (“a cláusula compromissória é hoje uma convenção de arbitragem aberta, e o compromisso uma convenção fechada”. Tradução livre do autor.)

<sup>62</sup> “a cláusula compromissória é hoje uma convenção de arbitragem aberta, e o compromisso uma convenção fechada”. Tradução livre do autor.

<sup>63</sup> VILELA, M.G. *loc cit.* Pág. 83.

<sup>64</sup> TJSP - RT 824/211

<sup>65</sup> Agravo de Instrumento n. 124.217-4 - São Paulo - 5ª Câmara de Direito Privado - Relator: Rodrigues de Carvalho - 16.09.00 - V.U.

Entretanto, a possibilidade de se instaurar o juízo arbitral sem a necessidade de firmar o compromisso arbitral, seja voluntariamente seja por medida judicial, é especialmente útil nos casos de resistência de uma das partes à instauração do juízo.

No âmbito societário, ao qual daremos foco, a eventual resistência é particularmente de se esperar, tendo em vista o caráter plurilateral que as relações societárias costumam ter. Quanto mais pessoas envolvidas, maior a possibilidade de uma delas opor-se à instauração da arbitragem.

## 5.6 – A Convenção Arbitral na Jurisprudência

Em completíssima jurisprudência o Desembargador Gilberto Rego, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, discorre sobre vários aspectos tratados acima:

**CONTRATO DE TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA (KNOW HOW). RESILICAO DO CONTRATO. RESSARCIMENTO DOS DANOS. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. JUÍZO ARBITRAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. SENTENÇA CONFIRMADA. APELAÇÃO.** (...) Arbitragem. Validade de cláusula compromissória. A constituição proíbe que Lei exclua da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5, XXXV). Ela não proíbe que as partes pactuem formas extrajudiciais de solução de seus conflitos, atuais ou futuros. Não há nenhuma vedação constitucional a que partes, maiores e capazes, ajustem a submissão de conflitos, que possam decorrer de relações jurídicas decorrentes de contrato específico, ao sistema de arbitragem. Não há renúncia abstrata à jurisdição. Há, isto sim, convenção de arragem sobre litígios futuros e eventuais, circunscritos a específica relação contratual, rigorosamente determináveis. Há renúncia relativa à jurisdição. Circunscreve-se a renúncia aos litígios que decorram do pacto contratual, nos limites fixados pela cláusula. Não há que se ler na regra constitucional (art. 5, XXXV), que tem como destinatário o legislador, a proibição das partes renunciarem à ação judicial quanto a litígios determináveis, decorrentes de contrato específico. Lá não se encontra essa proibição. Pelo contrario, o texto proíbe o legislador, não o cidadão. É o reconhecimento da liberdade individual. É esse o âmbito de validez da Lei nº. 9307/96. Direito internacional. Convenção internacional de arbitragem, genebra, 1923, art. 4. "Os tribunais dos estados contratantes dos quais esteja pendente um litígio relativo a um contrato concluído entre pessoas previstas no art. 1. E que encerre um compromisso ou uma cláusula compromissória válida em virtude de dito artigo e suscetível de ser executada, reterão os interessados, a pedido de um deles, ao julgamento dos árbitros". Cláusula de arbitragem em contrato internacional. Regras do protocolo de genebra de 1923. Nos contratos internacionais submetidos ao protocolo, a cláusula arbitral prescinde do ato subsequente do compromisso e, por si só, é apta a instituir o juízo arbitral. Esse contrato tem por fim eliminar as incertezas jurídicas, de modo que os figurantes se submetem, a respeito do direito, pretensão, ação ou exceção, à decisão dos árbitros, aplicando-se aos mesmos a regra do art. 244, do CPC, se a finalidade for atingida. (Superior Tribunal de Justiça, 3. Turma, RESP. Nº. 616 - RJ, julgado em 04 de abril de 1990). Direito empresarial. Arbitragem. A arbitragem é instância judicial praticada em função de regime contratualmente estabelecido para dirimir controvérsias. A fonte da arbitragem é a autonomia das partes que

a adotam para solucionar os litígios que possam vir a surgir entre elas. A concepção moderna do contrato enfatiza o caráter de cooperação entre os contraentes buscando os fins econômicos e sociais que levaram ao encontro de vontades na sua formação. Na convenção de arbitragem estão compreendidas a cláusula compromissória e o compromisso arbitral (Lei nº. 9307, de 23 de setembro de 1996, art. 3.). No modelo da Lei brasileira da arbitragem, há dois momentos distintos de instituição da arbitragem (Ministro Nelson Jobim). O primeiro, consiste na estipulação da cláusula compromissória (Lei nº. 9307/96, art. 4, par. 1.), contemporânea ao contrato e precedente ao conflito, nela se obrigando as partes a "submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente..." ao contrato (Lei nº. 9307/96, art. 4.). A consensualidade necessária se efetiva nesse momento. É na estipulação da cláusula que as partes decidem, de comum acordo, sobre a submissão dos conflitos decorrentes do pacto ao sistema de arbitragem. O segundo momento consiste na "instituição da arbitragem". Diz a Lei que se considera "instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro..." (Lei nº. 9307/96, art. 19). A instituição da arbitragem é posterior ao conflito. Ela sucede ao conflito em concreto. É nesse momento que se verificará se o conflito é de natureza dispositiva. A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que está inserida, assim perfazendo, em si mesma, um negócio jurídico, cujo destino é indiferente àquele do contrato em que porventura foi estabelecida. Tal autonomia indica que a extinção do contrato principal não induz a ineficácia da cláusula que instituiu a arbitragem como meio de solução pacífica das controvérsias porventura decorrentes das relações regidas pelo mesmo contrato. A cláusula compromissória permanece em aberto, em potência, somente acordando para o mundo jurídico quando advém a divergência, objeto da futura cognição do juízo arbitral. Se, entre a celebração do contrato e a lide objeto do futuro juízo arbitral, surge Lei nova, é esta que se há de aplicar. Direito processual civil. Convenção de arbitragem. Tem nítido caráter processual a disposição constante no art. 267, inciso VII, do código de processo civil, a reclamar a extinção do processo, sem cognição do mérito, quando a parte arguir a existência de convenção de arbitragem. Ainda que antecedente à vigência da Lei nº. 9307, de 23 de setembro de 1996, é eficaz a cláusula compromissória que oferece adequado e suficiente suporte para a instituição da arbitragem. A nova Lei atinge em cheio convenções arbitrais celebrados anteriormente à sua vigência. Significa dizer que uma cláusula arbitral inserida em contrato firmado há alguns anos desde logo arrastará seus signatários à arbitragem, mesmo que à época da assinatura do contrato a cláusula não produzisse tais efeitos. Desprovimento do recurso e manutenção da sentença.<sup>66</sup>

Esta jurisprudência muito bem esgota os questionamentos acerca da convenção da arbitragem, bem como acerca de suas espécies; cláusula compromissória e compromisso arbitral.

Bem discorre sobre a não ameaça à garantia de acesso à justiça pela convenção arbitral e sobre a pela equivalência funcional entre estas, e suas diferenças.

---

<sup>66</sup> TJRJ; AC 28808/2001; Rio de Janeiro; Sexta Câmara Cível; Rel. Des. Gilberto Rego; Julg. 30/04/2002. Sem grifos no original.

## **CAPÍTULO IV**

### **CONVENÇÃO ARBITRAL EM CONTRATO DE SOCIEDADE**

#### **6. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NO CONTRATO DE SOCIEDADE**

##### **6.1. Breve Histórico**

Conforme vimos no histórico da arbitragem, o Código Comercial de 1850 estabelecia a arbitragem compulsória para questões societárias. Esta determinação, contudo, não supria a necessidade de incluir, no contrato da sociedade, cláusula que fizesse menção à arbitragem, em especial que indicasse a forma de nomeação dos árbitros, conforme estabelecia o artigo 302.<sup>67</sup>

Ainda com a revogação da arbitragem compulsória pela Lei 1350/1866, a arbitragem continuou sendo uma opção dos sócios, que poderiam fazer incluir a cláusula compromissória nos contratos de sociedade.

Isto porque em toda sociedade, de qualquer espécie e interesse, a força que a faz surgir é sempre a união das vontades dos sócios. Desta forma, por meio da declaração de suas vontades, a estes sempre foi deferida a possibilidade de eleger a via arbitral para a solução de controvérsias.

Da mesma forma sempre foi possível a aplicação do compromisso arbitral aos conflitos societário. Contudo, como vimos, este somente poderia ser pactuado após o surgimento de dado conflito, enquanto a cláusula compromissória é genérica e, via de regra, mais abrangente.

##### **6.2. Aplicação atual**

A inclusão da cláusula compromissória no contrato/estatuto social é mais usual nas pequenas e médias sociedades.<sup>68</sup> Mais comum, também, nas sociedades limitadas e nas anônimas de capital fechado. Isto porque em tais sociedades, em

---

<sup>67</sup> “Art. 302. A escritura, ou seja pública ou particular, deve conter: (...)

5 - a forma da nomeação dos árbitros para juízes das dúvidas sociais (...)”

<sup>68</sup> VILELA, M.G. *op cit.* Pág. 156.



que a pessoa do sócio se confunde com a da sociedade, a eficiência do instituto é mais facilmente alcançável.

Nas sociedades maiores, as cláusulas compromissórias tendem a deslocar-se do contrato/estatuto social, e são mais comuns em convenções como os acordos de acionistas.<sup>69</sup>

Nada impede, entretanto, que mesmo as grandes empresas, inclusive as de capital aberto, façam uso da cláusula compromissória, com grandes vantagens em relação ao juízo estatal<sup>70</sup>, sem com isso causar danos à funcionalidade do instituto.

À guisa de exemplo, grandes Empresas nacionais têm incluído cláusula compromissória em seus contratos de sociedade como, por exemplo, o Banco do Brasil S/A. (artigo 50),<sup>71</sup> Embraer – Empresa Brasileira de Aeronáutica S/A. (artigo 63),<sup>72</sup> Lojas Renner S/A. (artigo 53),<sup>73</sup> Perdigão S/A., TAM S/A.<sup>74</sup>, entre várias outras.

Nestes casos, inclusive, a existência de cláusula compromissória nos estatutos sociais pode, até mesmo, servir de elemento de valorização da sociedade, uma vez que aos olhos do investidor estrangeiro, que desconhece o judiciário nacional, a eleição do juízo arbitral pode representar maior segurança.

Tanto assim que a BOVESPA, ao instituir um segmento especial de mercado para negociação de ações denominado “Novo Mercado”, definiu como requisito às Empresas que desejem ingressar neste segmento a adoção da arbitragem como método de resolução de controvérsias entre seus sócios, entre os sócios e a

---

<sup>69</sup> MUNIZ, Joaquim de Paiva. Arbitragens em acordos de acionistas : vantagens e falácias. In Espaço Jurídico BOVESPA de 25/07/06. Disponível em <[www.bovespa.com.br/home/redirect.asp?end=/Investidor/Juridico/060808NotA.asp](http://www.bovespa.com.br/home/redirect.asp?end=/Investidor/Juridico/060808NotA.asp)> acesso em 31/07/06.

<sup>70</sup> HÁFEZ, Andréa. Jurisprudência em números : Judiciário não traz a efetivação das regras para o mercado. In Espaço Jurídico BOVESPA de 19/01/06. Disponível em <[www.bovespa.com.br/home/redirect.asp?end=/Investidor/Juridico/060808NotA.asp](http://www.bovespa.com.br/home/redirect.asp?end=/Investidor/Juridico/060808NotA.asp)>. Acesso em 31/07/06.

<sup>71</sup> Disponível em <[www.bb.com.br/appbb/portal/ri/gov/EstatutoBB.jsp](http://www.bb.com.br/appbb/portal/ri/gov/EstatutoBB.jsp)> Acesso em 11/09/06.

<sup>72</sup> Disponível em <[www.embraer.com/ri/portugues/content/governanca\\_corporativa/estatuto\\_social\\_08.asp](http://www.embraer.com/ri/portugues/content/governanca_corporativa/estatuto_social_08.asp)> . Acesso em 11/09/06.

<sup>73</sup> Disponível em <[www.acionista.com.br/home/renner/Renner\\_Manual\\_AGE20060817\\_port.pdf](http://www.acionista.com.br/home/renner/Renner_Manual_AGE20060817_port.pdf)>. Acesso em 15/09/06.

<sup>74</sup> Disponível em <[www.itaubba.com.br/arquivos/portugues/pdf/prospectos/Oferta%20de%20A%C3%A7%C3%B5es%20da%20TAM%20S.A.%20-%20Prospecto%20Definitivo.pdf#search=%22cl%C3%A1usula%20compromiss%C3%B3ria%20estatuto%20social%20TAM%20arbitragem%22](http://www.itaubba.com.br/arquivos/portugues/pdf/prospectos/Oferta%20de%20A%C3%A7%C3%B5es%20da%20TAM%20S.A.%20-%20Prospecto%20Definitivo.pdf#search=%22cl%C3%A1usula%20compromiss%C3%B3ria%20estatuto%20social%20TAM%20arbitragem%22)>.

Pág. 181. Acesso em 15/09/06.

sociedade e entre estes e a Bolsa de Valores, conforme cláusula 13.1 do Regulamento do “Novo Mercado”<sup>75</sup>.

### 6.3. Extensão e Limites da Cláusula Compromissória

Ao questionarmos a possibilidade de inclusão da cláusula compromissória nos contratos de sociedade, é necessário discutirmos e identificarmos os limites subjetivos e objetivos daquela.

Estas definições, conjugadas às regras gerais da arbitragem, já tratadas, irão delimitar o âmbito de aplicação da arbitragem dentro de uma sociedade.

#### 6.3.1. Limite subjetivo.

O conceito de sócio é importante, uma vez que este é o elemento central da definição dos limites subjetivos da arbitragem.

Para Rubens Requião, sócios são “*as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns de natureza comercial*”<sup>76</sup>.

O limite subjetivo aos efeitos da cláusula compromissória nos contratos sociais se refere, portanto, à presença nos dois polos do litígio de sócios que tenham manifestado sua vontade em submeter litígios ao juízo arbitral, ou da sociedade de que façam parte.

#### 6.3.2. Limite objetivo

Definido o critério principal dos limites subjetivos da convenção arbitral, passemos à análise da baliza dos limites objetivos.

Tal análise partirá da afirmação de que nem todo conflito existente entre sócios de uma determinada sociedade será alcançado pela convenção arbitral.

---

<sup>75</sup> BOVESPA. Regulamento de listagem do Novo Mercado. Disponível em <[www.bovespa.com.br/pdf/RegulamentoNMercado.pdf](http://www.bovespa.com.br/pdf/RegulamentoNMercado.pdf)>. Acesso em 14/09/06.

<sup>76</sup> REQUIÃO, R. *op cit.* Pág. 261.

Para tanto, o conflito deve ter necessária incidência sobre o pacto social. Este é, especificamente, o ponto nevrálgico dos limites objetivos: O objeto do litígio deve ter relação com a Empresa, e incidência sobre o pacto social.

Cabe a ressalva de que não se deve confundir “pacto social” com “contrato” ou “estatuto social”.

Estes últimos são disposições contratuais que buscam transmitir documentalmente os interesses que fundam e mantém viva a sociedade, ou seja, buscam representar no papel o encontro de vontades dos sócios.

O “pacto social” é algo mais amplo; é justamente aquilo que se busca imprimir no contrato ou estatuto, mas que geralmente ultrapassa o documentado. Não se confunde com o contrato ou estatuto, mas está nele inserido e, na maioria dos casos, esta inserção é somente parcial. O verdadeiro espírito da sociedade comumente está fora do contrato.

Deste modo, o conflito, para ser abrangido pela convenção arbitral, deve ter incidência sobre o pacto social, esteja ou não no contrato ou estatuto social. Deve versar sobre as atividades sociais e seus interesses.

Como bem ressalta Marcelo Vilela:

*“Deve-se averiguar se o conflito nascido entre as partes influenciará diretamente os desígnios sociais, a condução dos negócios, e, ainda, a estabilidade das relações societárias.”*<sup>77</sup>

Em suma, os limites da aplicação da arbitragem são de duas ordens: subjetiva e objetiva.

O limite objetivo é a necessária incidência do conflito sobre o pacto social. O limite subjetivo é a existência de sócios nos pólos do conflito, ou de um ou mais sócios em um pólo, e a sociedade no outro.

#### **6.4. Previsões Legais**

O Código Civil, que trata perfunctoriamente da arbitragem em seus artigos 851 a 853, não faz nenhuma previsão específica quanto à utilização da arbitragem

---

<sup>77</sup> VILELA, M.G. *op cit.* Pág. 188.

no âmbito societário. Apenas menciona a autorização para sua adoção nos contratos, e traça-lhes os limites.

Contudo, tampouco traz nenhuma restrição à sua utilização nesta seara.

Outras legislações, voltadas mais diretamente ao direito societário, autorizam expressamente a adoção da arbitragem.

Com as alterações introduzidas pela Lei 10303/2001, a Lei das Sociedades Anônimas passou a fazer menção expressa à aplicação da arbitragem na solução dos conflitos existentes entre os acionistas ou entre estes e a sociedade. A nova redação do §3º do artigo 109 assim o declara:

*“Art. 190 (...)*

*§3º O estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre os acionistas e a companhia ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários, poderão ser solucionados mediante arbitragem, nos termos em que especificar.” (grifo nosso)*

A previsão expressa da inserção da cláusula arbitral no estatuto social das Sociedades Anônimas representa grande passo no sentido de divulgar e popularizar o instituto da arbitragem.

O projeto de Lei de Sociedades Limitadas também apresenta a previsão de adoção da arbitragem por meio de inserção de cláusula compromissória no contrato social.

A previsão da adoção de arbitragem em legislações específicas, contudo, não é requisito à sua aplicabilidade em cada uma destas áreas. Tais previsões legislativas são feitas tão somente com o intuito de reforçar a aplicabilidade do instituto e, principalmente, de divulgá-lo.

Ao encontrar a previsão de arbitragem nestas legislações específicas, aquele que as consulta é remetido à Lei 9307/1996, que disciplinou a matéria de forma completa.

Desta maneira, uma vez regulada exaustivamente na Lei 9307/1996, a arbitragem dispensa previsão em legislações específicas, desde que obedeça às restrições e limites delineados pela primeira Lei.

Nada impede que legislações específicas venham a vedar a utilização da arbitragem na matéria de que tratem. Em não o fazendo, contudo, tacitamente a permitem.

## 6.5. Redação da Cláusula Compromissória Societária

Conforme vimos anteriormente, as cláusulas compromissórias podem tão somente fazer uma remissão genérica à arbitragem como método eleito para a solução dos conflitos futuramente existentes sobre determinado contrato. A estas cláusulas, convencionou-se chamar de “cláusulas vazias”.

Por outro lado, as cláusulas compromissórias podem também delinear detalhadamente os limites e a natureza dos conflitos cuja solução será feita por arbitragem, além de descrever a forma de instituição do juízo arbitral (nos casos de arbitragem *ad hoc*), ou mencionar órgão arbitral já existente. Nestas casos, chamam-se de “cláusulas cheias”.

Como também já tratamos, a adoção da cláusula vazia, embora absolutamente legal e eficaz (sendo, inclusive, o formato básico definido pela Lei), é desaconselhável, pois torna-a potencialmente ineficiente.

A pluralidade de interesses envolvido em torno de um contrato ou estatuto social tornam a adoção de cláusula compromissória vazia ainda mais perigosa, pois é maior a probabilidade de haver quem deseje retardar o deslinde da controvérsia.

Destarte, a doutrina aconselha que, ao adotar a arbitragem desde o contrato societário, que os contratantes o façam por meio de cláusulas compromissórias cheias.

Ainda, a adoção da arbitragem se faz fundada na liberdade contratual das partes. Deste modo, é possível fazê-lo das mais variadas maneiras. As variações mais comuns são a adoção de cláusulas ditas “parciais”, restringindo a aplicação da arbitragem a conflitos previamente determinados, deixando a solução de demais controvérsias a cargo do judiciário.

Por outro lado, as cláusulas que não fazem menção às questões que serão arbitradas<sup>78</sup>, mas especificam a forma de constituição do juízo arbitral, farão com que seja necessário averiguar os limites e a extensão da cláusula compromissória.<sup>79</sup>

---

<sup>78</sup> Em voto proferido no julgamento de Agravo Regimental em Homologação de Sentença Estrangeira nº 5206 do STJ, o Min. Nelson Jobim batizou tais cláusulas de “cláusulas universais”, em contraposição às “parciais”, por ele chamadas de “singulares”.

<sup>79</sup> VILELA, M.G. *op cit.* Pág. 167.

Sempre que possível, a cláusula compromissória deve ser desenvolvida caso-a-caso, buscando uma forma que atenda as especificidades de cada contrato, para cada ocasião. A adoção de cláusulas compromissórias “*standard*” leva, muitas vezes, à uma inadequação às necessidades e realidade das partes.

Deve se evitar a inclusão das cláusulas arbitrais da maneira que os profissionais da área habituaram-se a chamar de “*midnight clause*”, ou seja, como a última coisa a ser incluída na montagem do contrato, quando todos já estão por demais ansiosos por concluir as negociações.

A inclusão da cláusula compromissória, em especialíssimo caso em contratos de sociedade, deve ser feita com acuidade aguçada. Ela pode vir a ser, eventualmente, a cláusula mais importante do contrato, pois é a partir dela que se denotará a disposição das partes em cumprir o contrato da forma pactuada, resolvendo possíveis disputas de forma rápida e objetiva.

Especial atenção deve ser dedicada à redação da cláusula compromissória, em especial nos contratos e estatutos sociais. Como ressalta Paul Gélinas, “*without an effective and valid arbitration clause, there can be no arbitration at all*”.<sup>80</sup>

---

<sup>80</sup> GÉLINAS, Paul-A. *Arbitration Clauses : Achieving Effectiveness*. In ICCA - International Council For Commercial Arbitration. *Improving the efficiency of arbitration agreements and awards : 40 years of application of The New York Convention*. Org. Albert Jan van den Berg. Haia : Kluwer Law International, 1998.

## 7. VINCULAÇÃO DOS SÓCIOS

### 7.1. Ordem pública

Inicialmente, devemos tratar da questão feita por parte da doutrina de que a renúncia prévia à jurisdição estatal representada pela cláusula compromissória contrariaria a ordem pública;

Esta tese pode desde já ser afastada pela argumentação anteriormente exposta neste trabalho acerca da jurisdicionalidade da arbitragem, em que demonstrou-se que sua eleição prévia ao conflito não ofende à ordem pública.

Nem tampouco agride à garantia constitucional de acesso à justiça, conforme declarou o Supremo Tribunal Federal, quanto provocado a manifestar-se quanto à constitucionalidade da Lei de Arbitragem, em decisão já considerada emblemática, proferida nos autos de Agravo Regimental nº 5206<sup>81</sup>.

Neste sentido, o Tribunal pátrio é acompanhado pelas Cortes estrangeiras.

O Tribunal Constitucional da Espanha, julgando Recurso de Amparo nº 6836/2002, em que se buscava a anulação de laudo arbitral por, entre outros motivos, alegado impedimento de acesso à justiça pelo sócio recorrente, proferiu a decisão nº STC 9/2005 em que rechaça tal alegação, nos seguintes termos:

*“(...) si el derecho a la tutela judicial efectiva no comprende el de obtener una decisión judicial acorde con las pretensiones formuladas (SSTC 9/1981 y 52/1992, entre otras) ni ampara una determinada interpretación de las normas aplicables al caso (STC 33/1988), pero sí a recibir una respuesta judicial a sus pretensiones, motivada y fundada en Derecho (SSTC 133/1989, 18/1990 y 111/1995 entre otras muchas), como ha ocurrido en este caso, no cabe estimar en modo alguno que el recurrente fuera privado de su derecho de acceso a la jurisdicción.”*<sup>82</sup>

### 7.2. Tempo do conflito

Conforme tratamos acima, a extensão dos efeitos da convenção arbitral sobre um determinado litígio se dá pela análise de dois elementos: elemento subjetivo e elemento objetivo.

---

<sup>81</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ag.Reg.SE. 5206 – Reino de Espanha. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Lei 9307/1996. Constitucionalidade.

<sup>82</sup> ESPAÑA, Tribunal Constitucional. Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 9/2005, en el Recurso de Amparo nº 6836/2002. Pres. Doña María Emilia Casas Baamonde. Sem grifo no original.

Antes de tratarmos do critério subjetivo, necessário delimitarmos o critério objetivo em relação ao tempo.

Como vimos, o critério objetivo refere-se à necessária incidência do conflito sobre o pacto social. Conjugando este critério com o fator “tempo”, concluímos que o fator a ser perquirido é a existência simultânea entre o conflito e a cláusula compromissória.

Assim, quando se verificar a existência de um conflito (com incidência sobre o pacto social) entre a sociedade e seus sócios, ou entre estes, haveria necessariamente a exclusão do juízo arbitral caso um dos sócios litigantes não mais pertencesse à sociedade?

A solução para tal questão depende não da situação do sócio no momento da instauração do juízo, mas sim da existência de cláusula compromissória válida na época do fato gerador do conflito.

Assim sendo, pouco importará a condição de ex-associado se o fato gerador do conflito tenha ocorrido quando este compunha o quadro social, e se havia cláusula compromissória válida.

Tampouco importará a condição de associado se o fato gerador tiver ocorrido am momento anterior ao seu ingresso na sociedade, ou anterior à inclusão da cláusula compromissória.

Em suma, a cláusula compromissória terá eficácia quando, no momento do fato gerador do conflito: a) houver cláusula válida; b) os litigantes fizerem parte do quadro social.

A situação, tanto do sócio, quanto do litígio, quanto da cláusula; no momento da instauração do juízo pouco importará. Nas palavras de Marcelo Vilela:

*“...é necessário que a cláusula compromissória seja contemporânea ao fato/ato litigioso e que se refira a um período em que o ex-associado estava presente no quadro social.”<sup>83</sup>*

### **7.3. Vinculação de sócios futuros, divergentes e ausentes.**

O elemento subjetivo da análise dos efeitos da cláusula compromissória é o consentimento dos sócios quanto à criação de uma convenção arbitral.

---

<sup>83</sup> VILELA, M.G. *op cit.* Pág. 190.



Quando a inserção de uma cláusula compromissória no contrato de sociedade - seja na sua fundação, seja em alteração posterior - for acatada pela unanimidade dos sócios, evidentemente, não haverá qualquer questionamento quanto à sua validade.

Porém, o mesmo somente é verdade enquanto permanecerem no quadro social somente aqueles que, àquele momento, anuíram com a inclusão. Igualmente suscita problemas a situação em que a convenção arbitral é incluída por decisão não-unânime dos sócios; seja por discordância, seja pela ausência de alguns deles.

A doutrina, nacional e estrangeira, diverge quanto à vinculação destes sócios à arbitragem.

Para elucidar esta questão, cindiremos-la em duas: primeiramente, veremos a questão do sócio futuro, que ingressa em uma sociedade que já possui um compromisso arbitral em seus instrumentos sociais. Em seguida, veremos a situação dos sócios que divergiram da inclusão da convenção arbitral e daqueles que não compareceram à Assembléia em que decidiu-se pela inclusão.

#### 7.3.1 - Sócios futuros

Como dissemos, a doutrina é bastante fracionada nesta questão. Alguns doutrinadores, como Modesto Carvalhosa, defendem que a não subscrição da convenção arbitral elide o sócio que ingresse em uma sociedade que a possua de àquela vincular-se. Para esta corrente, nas palavras de Carvalhosa, “*não há presunção de renúncia de direito essencial de qualquer acionista*”.<sup>84</sup>

Entretanto, como vimos anteriormente, a adoção prévia da via arbitral para a solução de conflitos societários futuros não representa renúncia por parte dos sócios de qualquer direito, muito menos de caráter essencial.

O direito fundamental a que se refere Carvalhosa vem a ser aquele consagrado no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, o do acesso à justiça. Ora, possuindo o juízo arbitral natureza jurisdicional, como já defendemos, a sua eleição, mesmo que prévia, não configura renúncia a este direito.

---

<sup>84</sup> CARVALHOSA, Modesto. *Cláusula compromissória estatutária e juízo arbitral*. Apud VILELA, M.G. *op cit*. Pág. 191.

Cabe reiterar que, por meio da sentença arbitral, os sócios terão uma sentença de mérito, fundamentada, imparcial, após ampla defesa e contraditório. Terá, portanto, assegurado o seu direito constitucional.

Não se pode confundir a renúncia ao juízo estatal (representada pela convenção arbitral) com eventual renúncia à uma decisão jurisdicional. Esta última, sim, seria inegavelmente inconstitucional.

O respeito aos direitos dos sócios está assegurado durante o procedimento arbitral. Até mesmo pelo judiciário, a quem se poderá chamar caso o procedimento arbitral ignore as garantias processuais, causando prejuízo às partes.

A cláusula compromissória, destarte, não representa renúncia à nenhum direito, mas apenas uma deliberação da sociedade e seus membros pela adoção de uma jurisdição arbitral em detrimento da jurisdição estatal.

Tal decisão configura uma regra orgânica da sociedade e, assim como o sócio ingresso se submete à uma série de determinações sociais constantes na estrutura estatutária, o mesmo deverá ocorrer com a cláusula compromissória.

Em comento à decisão de 4 de fevereiro de 2005 da Corte de Cádiz, Reino da Espanha, o Escritório de Advogados Uría Menéndez, em seu periódico eletrônico “*Crónica de Legislación y Jurisprudência*” n.º 11/2005, demonstra que os tribunais daquele País tem interpretado a questão de igual maneira:

*“El Juzgado rechaza esta causa de oposición de la sociedad demandada, al entender que la propia adquisición de la condición de socio, con subrogación en la posición del anterior, determina la existencia de voluntad de las partes de someterse a arbitraje, aun cuando no hayan participado en la redacción de los estatutos. Asimismo, el Juzgado entiende que esa vinculación al contenido de los estatutos no vulnera la autonomía de la voluntad de las partes, en la medida en que éstas podrán modificar posteriormente los estatutos sociales, disponiendo otro método de resolución de disputas.”<sup>85</sup>*

Deste modo, concluímos que do mesmo modo que o novo associado aceita diversas disposições estatutárias definidas anteriormente, acabará por submeter-se à cláusula compromissória.

Tal conclusão merece, outrossim, uma ressalva: esta submissão, independentemente de anuência expressa do novo sócio, somente ocorrerá quando

---

<sup>85</sup> URÍA MENÉNDEZ Y ABOGADOS. *Crónica de Legislación y Jurisprudência* n.º 11/2005. Pág. 135. Disponível em <[www.vscf.net/esp/actualidad\\_juridica/n11/09Arbitraje.pdf](http://www.vscf.net/esp/actualidad_juridica/n11/09Arbitraje.pdf)>. Acesso em 10/09/06. Sem grifo no original.

a convenção arbitral estiver inclusa no contrato da sociedade, que é público, e cujos termos, portanto, supõem-se de conhecimento público.

Quando a cláusula compromissória estiver inserida em convenções extra-estatutárias, como acordos de acionistas por exemplo, o novo sócio deverá declarar expressamente sua anuência em relação à convenção arbitral. Em não o fazendo, não será vinculado pela convenção.

Em trabalho intitulado “*Documento Buen Gobierno y Soluciones Extrajudiciales*”, elaborado em 28 de fevereiro deste ano pela *Asociación Comunitaria de Arbitraje y Mediación* (ACAM) e outras 8 entidades da sociedade civil espanhola, também é lembrada esta ressalva à força vinculante das convenções arbitrais inclusas em pactos para-estatutários.

*“La fundamental diferencia que existe entre el convenio arbitral contenido en los estatutos o en un pacto parasocial reside en el hecho de su publicidad. De tal forma que el convenio arbitral que no se halle en los estatutos o no se encuentre inscrito en el Registro Mercantil, sólo vincula a los firmantes, y por tanto no puede producir efectos sobre todos los socios.”<sup>86</sup>*

Isto porque tais convenções não são submetidas a registro em órgão públicos, e não se supõem de conhecimento do novo sócio. Se este não fizer expressa menção à sua concordância com a cláusula compromissória, a ela não será vinculado.

### 7.3.2. Sócios divergentes e ausentes

#### 7.3.2.1. conflito de normas

Neste ponto, em especial, percebe-se um caso de conflito de normas:

Na seara do direito societário, as normas que regem as decisões societárias prevêm que, em geral, as decisões da sociedade são tomadas pela vontade dos sócios que representem a maioria do capital social.

No âmbito do direito arbitral, as normas que regem o afastamento da jurisdição estatal em favor do juízo arbitral prevêm que tal disposição exige a manifestação da vontade da parte quanto à adoção da arbitragem.

---

<sup>86</sup> ACAM – Asociación Comunitaria de Arbitraje y Mediación, *et alli*. *Documento Buen Gobierno y Soluciones Extrajudiciales*. Disponível em <[www.apromes.com/noticias/documento\\_final\\_b\\_gobierno.pdf](http://www.apromes.com/noticias/documento_final_b_gobierno.pdf)>. Acesso em 10/09/06. Sem grifo no original.

Diante deste conflito, é necessário buscarmos uma compreensão dos institutos que possibilite a conjugação das normas legais.

#### 7.3.2.1. teses contrárias à vinculação dos sócios divergentes e ausentes

Para alguns doutrinadores, a cláusula arbitral somente terá efeitos vinculantes em relação àqueles que anuírem expressamente com a sua inclusão no contrato da sociedade.

Silvia Gaspar Lera, doutora em Direito pela Universidade de Zaragoza, compartilha desta opinião, chegando a tal conclusão a partir da análise do artigo 5º da Lei de Arbitragem espanhola <sup>87</sup>:

*“(...) considero que hay que preservar en todo caso el requisito de la voluntariedad que quienes se someten a la citada vía extrajudicial; requisito que se entenderá cumplido en virtud del consentimiento expreso de los interesados, manifiesto además por escrito.”*<sup>88</sup>

Seguindo este raciocínio, seria impossível conceber a imposição dos efeitos da cláusula compromissória à sócios que se manifestou de forma contrária à sua adoção, ou que sobre esta não tenha se manifestado.

Por considerar que a exclusão da jurisdição estatal configura dispensa da garantia constitucional de acesso ao judiciário, a autora defende que os sócios não se submetem à cláusula compromissória simplesmente por adesão ao contrato da sociedade.

Contudo, retornamos ao argumento de que a adoção da cláusula compromissória, e o conseqüente afastamento da jurisdição estatal em favor da jurisdição arbitral, não configura ameaça à garantia constitucional de acesso à justiça, pelos fundamentos já exaustivamente expostos neste trabalho.

Não se entenda, a partir desta afirmação, que se pretende negar a necessidade de expressa concordância da parte com a convenção arbitral para que esta passe a gerar efeitos.

---

<sup>87</sup> “Art. 5º El convenio arbitral deberá expresar la voluntad inequívoca de las partes de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas o de algunas de estas cuestiones, surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales, a la decisión de uno o más árbitros, así como expresar la obligación de cumplir tal decisión.” Disponível em <<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/contract/Larbr.html>>. Acesso em 07/09/06.

<sup>88</sup> LERA, Silvia Gaspar. *El ámbito de aplicación del arbitraje*. Pamplona: Aranzadi, 1998. Pág. 151. *apud* VILELA, M.G. *op cit*. Pág. 199.

Contudo, em se tratando de decisões societárias, há de ser respeitada a vontade da maioria.

#### 7.3.2.3. vontade da maioria

Se buscarmos inspiração nas teorias anticontratualistas da natureza jurídica da sociedade, veremos que, uma vez colhidas as manifestações das vontades dos sócios, passa a existir tão somente a “vontade da sociedade”, à qual aderem todos os sócios.

Rubens Requião sintetiza esta união de vontades:

*“... constituída a sociedade como ato complexo ou como ato coletivo, as manifestações dos sócios se fundiriam, aparecendo em face de terceiros como uma só vontade ...”*<sup>89</sup>

Marcelo Vilela comunga da mesma opinião:

*“Pela teoria organicista, a formação da vontade social ocorre através da decisão colegiada dos associados. Após a deliberação da assembléia geral, não há que se falar na vontade de cada associado, mas na norma social que espelha a “vontade da companhia”. A manifestação de cada associado, vista isoladamente, será apenas considerada para fins de exercício do direito de recesso (quando cabível) ou para fundamentar a anulação da decisão por abuso da maioria.”*<sup>90</sup>

A legislação prevê casos excepcionais, em que a vontade da maioria somente submeterá as demais quando houver maioria especial ou qualificada.

A inclusão de convenção arbitral não está entre as exceções legais. A própria Lei das Sociedades Anônimas, no artigo 190 § 3º, faz referência expressa à inclusão de convenção arbitral nos estatutos sociais:

*“Art. 190 (...)  
§3º O estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre os acionistas e a companhia ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários, poderão ser solucionados mediante arbitragem, nos termos em que especificar.”*

O Projeto de Lei que altera disposições do Código Civil acerca das Sociedades Limitadas, atualmente em trâmite no Congresso Nacional, faz a mesma previsão.

---

<sup>89</sup> REQUIÃO, R. *op cit.* Pág. 273. (sem grifo no original)

Destarte, salvo esteja entre as exceções contratuais, a convenção arbitral inserida em contratos de sociedade vincula a minoria dissidente ou ausente. Ainda nas palavras de Marcelo Vilela:

*“... há de se ter como válida a decisão colegiada do corpo societário tomada pela maioria, mesmo em se tratando de deliberação acerca do juízo a ser eleito para dirimir futuros e eventuais conflitos surgidos no âmbito do funcionamento da sociedade, vinculando a todos os associados ausentes ou ainda dissidentes.”<sup>90</sup>*

Como bem ressalta Marco Aurélio Valério:

*“Como órgão da sociedade anônima, a assembléia manifesta tanto a vontade da companhia, quanto a dos acionistas. Se numa democracia a Câmara dos Deputados representa os cidadãos, numa sociedade anônima a assembléia representa os acionistas.(...) A deliberação da assembléia que, por maioria de votos, promove a reforma do estatuto social para nele incluir uma cláusula compromissória carrega em si a prévia manifestação de vontade de todos os acionistas. Satisfaz, destarte, o requisito volitivo exigido para que vincule todos os sócios à arbitragem.”<sup>92</sup>*

Esta submissão da vontade dos sócios divergentes à “vontade da sociedade” se impõe pelo princípio da maioria, sem o qual as decisões societárias restariam obstaculizadas, pela inocorrência, na prática, de consenso dos sócios sobre todas as questões discutidas no seio da sociedade. Não por outro motivo, Rubens Requião assevera que “o princípio da maioria dominou, de fato, o direito societário brasileiro”.<sup>93</sup>

#### 7.3.2.4. fundamento legal

Ademais, não há fundamento legal a impedir a inclusão da cláusula compromissória pela vontade da maioria, vinculando a minoria.

A vinculação dos sócios ausentes e dissidentes à decisão da maioria é expressamente indicada pelo Código Civil:

---

<sup>90</sup> VILELA, M.G. *op cit.* Pág. 200. (sem grifo no original)

<sup>91</sup> VILELA, M.G. *op cit.* Pág. 200/201. (sem grifo no original)

<sup>92</sup> VALÉRIO, Marco A. G. *Arbitragem nas sociedades anônimas: vinculação dos acionistas novos, ausentes, dissidentes e administradores à cláusula compromissória estatutária*. In Jus Navigandi – doutrina: Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7191>>. Acesso em 11/09/06.

<sup>93</sup> REQUIÃO, R. *op cit.* Pág. 296.

*“Art. 1072. As deliberações dos sócios, obedecido o disposto no art. 1010, serão tomadas em reunião ou em assembléia, conforme previsto no contrato social, devendo ser convocada pelos administradores nos casos previstos em lei ou no contrato.*

*(...)*

*§ 5º As deliberações tomadas de conformidade com a lei e com o contrato vinculam todos os sócios, ainda que ausentes ou dissidentes ...” (grifo nosso)*

#### 7.3.2.5. direito de recesso

Nos casos em que a minoria dissidente se julgar prejudicada pela inclusão da cláusula compromissória no contrato da sociedade, lhe assistirá o direito de recesso, uma vez que houve modificação do contrato social, nos termos do artigo 1077 do Código Civil.<sup>94</sup>

Quando surgisse litígio entre os sócios acerca justamente da deliberação social que incluiu a cláusula compromissória no contrato da sociedade, nos parece que o mais coerente seria que tal litígio fosse dirimido pela jurisdição estatal, pois ainda não estaria consolidada a “vontade da sociedade” em atribuir à jurisdição arbitral a competência para dirimir conflitos.

Contudo, a redação do parágrafo único do artigo 8º da Lei de Arbitragem<sup>95</sup> aponta em sentido oposto, ao afirmar que o juízo arbitral é competente para deliberar acerca da validade da sua própria constituição.

O mesmo ocorreria em relação aos litígios acerca da apuração dos haveres dos sócios que se retirassem, no uso de seu direito de recesso, em decorrência da inclusão da cláusula compromissória no contrato da sociedade.

Pelo disposto no supracitado artigo, uma vez deliberada a inclusão da cláusula compromissória, esta seria válida e eficaz desde aquele momento, mesmo em face do sócio que, por discordar de forma inconciliável com a adoção da arbitragem, se retire da sociedade.

---

<sup>94</sup> “Art. 1077. Quando houver modificação do contrato, fusão da sociedade, incorporação de outra, ou dela por outra, terá o sócio que dissentiu o direito de retirar-se da sociedade, nos trinta dias subseqüentes à reunião, aplicando-se, no silêncio do contrato social antes vigente, o disposto no art. 1031.”

<sup>95</sup> “Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

Parágrafo Único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.”

Em que pese o sentido expresso pelo parágrafo único do artigo 8º da Lei de Arbitragem, parece-nos que tal aplicação configuraria contra-senso e, neste caso, verdadeira violência contra o sócio dissidente.

Do mesmo modo em que o bom senso deve imperar quando da deliberação quanto à adoção ou não da cláusula compromissória, dando precedência à formação da vontade social, mesmo que em detrimento da vontade da minoria; o mesmo bom senso deve se fazer presente nestes últimos dois casos.

Se há fundado questionamento que leve ao ajuizamento de demanda acerca da validade da deliberação que incluiu a convenção arbitral, parece-nos que a “vontade da sociedade” ainda não está formada.

Se a declaração de vontade é essencial à arbitragem, como vimos anteriormente neste trabalho, estando aquela ainda incompleta, esta não pode ser instaurada.

Ainda maior estranheza causa a possibilidade de vincular à cláusula compromissória até mesmo o sócio que, tamanha a discordância com a sua adoção, decide por exercer seu direito de recesso.

Ora, se a tal sócio causa tanta contrariedade a adoção da arbitragem que lhe tenciona a retirar-se da sociedade, forçá-lo a dirimir conflitos acerca de seus haveres justamente no juízo arbitral configura manifesta violência.

O sócio retira-se da sociedade por terminantemente discordar da adoção da via arbitral, somente para ver-se em meio de um procedimento arbitral.

Da mesma maneira que não se pode esperar que a vontade de uma minoria dissidente inviabilize a adoção da arbitragem pela maioria que assim o deseje; igualmente não se pode esperar que a maioria imponha esta vontade sobre aquele que, irresignado, retira-se da sociedade.

Ademais, o direito de recesso é direito potestativo, e a ele não se coloca oposição. A discussão acerca dos haveres decorrentes de seu exercício não necessariamente incorre em lide.

Destarte, sua apuração pode ser obtida por mero arbitramento, sendo dispensável o procedimento jurisdicional, seja arbitral, seja estatal.

Mais salutar é, independentemente de inclusão ou não de cláusulas compromissórias, fazer constar nos contratos de sociedade de ante-mão o modo em que serão apurados haveres em eventual exercício do direito de recesso.



Tal precaução preveniria o surgimento de lide, favorecendo o desenvolvimento das atividades sociais.

De qualquer modo, concluimos que a cláusula societária inserta no contrato da sociedade pela deliberação da maioria do capital social vincula inclusive a minoria dissidente ou ausente, salvo quando esta minoria decida, em face da alteração consumada, exercer seu direito de recesso.

## **8. CONCLUSÃO**

Ao fim deste trabalho, podemos concluir que são vários os pontos favoráveis à adoção da arbitragem como método de resolução de conflitos, especialmente no âmbito societário e, especialmente, nos conflitos existentes no interior das sociedades.

A celeridade do procedimento arbitral permite que a sociedade retome sua normalidade em pouco tempo, após a decisão final da sentença arbitral, diferentemente do que ocorre caso o conflito fosse solucionado pelo Poder Judiciário, perante o qual uma demanda complexa pode levar mais de 10 anos para ser concluída.

O sigilo impede que as divergências internas da sociedade tornem-se de conhecimento público. Esta publicidade negativa certamente abala a imagem da sociedade, afugentando investidores e parceiros comerciais. Com o sigilo, os conflitos são resolvidos sem que pessoas alheias à sociedade deles tomem conhecimento.

O sigilo, ainda, impede que decisões desfavoráveis sejam fontes de jurisprudência que possa ser utilizada contra a sociedade em lides similares futuras. O julgamento de um caso não influencia os próximos.

A especialização dos árbitros, que podem ser escolhidos pelas partes conforme o caso em discussão, garante que a decisão seja pautada em conhecimento e convencimento técnicos dos próprios julgadores, que não são reféns de laudos periciais. Ressalte-se que, na justiça estatal, os peritos são escolhidos pelo Juízo e somente podem ser impugnados pelas partes em casos determinados, o que incorre na escolha de profissionais que nem sempre são os mais qualificados.

O custo do procedimento arbitral, embora maior no início, acaba sendo muito mais acessível que o processo judicial.

A adoção da arbitragem como método padrão de resolução de controvérsias em uma Empresa serve até mesmo de atrativo a investidores, especialmente estrangeiros.

A demora e incerteza das decisões judiciais compõem o chamado “custo Brasil”, e a adoção de meio de solução de controvérsias que livra a sociedade dessas incertezas certamente traz vários benefícios à sua imagem no mercado.

Ademais, conclui-se que os argumentos contrários à opção pela arbitragem já no momento da constituição da sociedade são ou baseados em falsas premissas, ou de contorno viável.

A constitucionalidade da Lei de Arbitragem foi pacificada em nosso ordenamento. Do mesmo modo, não mais vigora o argumento de que a adoção da arbitragem ofende a garantia de acesso à justiça

Ainda paira certa dúvida acerca da vinculação dos sócios futuros, bem como daqueles que tenham se manifestado contrariamente à inclusão da cláusula compromissória nos contratos de sociedade ou que estivessem ausentes quando tal inserção tivesse sido decidida.

Contudo, os Tribunais parecem tender a aceitar a aplicação das teorias societárias, como a da maioria, da vontade da sociedade, e das disposições orgânicas; também na análise das cláusulas compromissórias.

Diante do exposto, conclui-se que a arbitragem não somente é extremamente apropriada para solucionar os conflitos intra-societários, como também sua adoção desde o contrato da sociedade, pela inclusão da cláusula compromissória, é viável, legal e eficaz.

## LEVANTAMENTO BIBLIOGRÁFICO

- ACAM – Asociación Comunitária de Arbitraje y Mediación, et alli.** *Documento Buen Gobierno y Soluciones Extrajudiciales*. Disponível em <[www.apromes.com/noticias/documento\\_final\\_b\\_gobierno.pdf](http://www.apromes.com/noticias/documento_final_b_gobierno.pdf)>. Acesso em 10/09/2006.
- ALVIM, Arruda.** *Manual de direito processual civil, V.1: parte geral*. 7ª ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: RT, 2001.
- AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION.** *A guide to mediation and arbitration to bussiness people*. Disponível em <[www.adr.org/si.asp?id=2420.pdf](http://www.adr.org/si.asp?id=2420.pdf)>. Acesso em 08/09/2006.
- ARBITAC - Câmara de Arbitragem da Associação Comercial do Paraná.** *Congresso Internacional Comemorativo aos 10 anos da Lei de Arbitragem Brasileira*. Realizado em Curitiba – PR, entre os dias 4 e 6 de junho de 2006.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal.** *Agravo Regimental em Homologação de Sentença Estrangeira nº 5206 – Reino de Espanha*. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Lei 9307/1996. Constitucionalidade.
- CARREIRA ALVIM, José. E.** *Comentários à Lei de Arbitragem: Lei n.º 9;307, de 23/9/1996*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Tratado geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.
- CARMONA, Carlos Alberto.** *Arbitragem e o processo*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- CARNEIRO, Athos Gusmão.** *Jurisdição e competência*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- CARNELUTTI, Francesco.** *Sistema de direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004.
- CARVALHOSA, Modesto.** *Nova Lei das Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CHIOVENDA, Giuseppe.** *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 2000, v.2, p.8.
- DINIZ, Maria Helena.** *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 16ª. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2002.

- ESPAÑA, Tribunal Constitucional.** *Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 9/2005, en el Recurso de Amparo nº 6836/2002.* Pres. Doña María Emilia Casas Baamonde.
- FERNANDES JÚNIOR, Ottoni.** *Uma questão de direito : a reforma do Judiciário já começou, mas ainda há muito por fazer.* Disponível em <[www.desafios.org.br/Edicoes/6/artigo12918-1.asp](http://www.desafios.org.br/Edicoes/6/artigo12918-1.asp)>. Acesso em 04/07/2006.
- FURTADO, Paulo. BULOS, Uadi L.** *Lei da Arbitragem Comentada: breves comentários à Lei 9.307 de 32-9-1996.* São Paulo: Saraiva, 1997.
- GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis.** *Lições de direito societário: sociedade anônima.* São Paulo : Juarez de Oliveira, 2005.
- HÁFEZ, Andréa.** *Jurisprudência em números : Judiciário não traz a efetivação das regras para o mercado.* In Espaço Jurídico BOVESPA de 19/01/2006. Disponível em <[www.bovespa.com.br/home/redirect.asp?end=/Investidor/Juridico/060808NotA.asp](http://www.bovespa.com.br/home/redirect.asp?end=/Investidor/Juridico/060808NotA.asp)>. Acesso em 31/07/2006.
- HALPERN, Jack.** *Kanji learner's dictionary.* Tóquio : Kodanshya, 1999.
- ICCA - International Council For Commercial Arbitration.** *Improving the efficiency of arbitration agreements and awards : 40 years of application of The New York Convention.* Org. Albert Jan van den Berg. Haia : Kluwer Law International, 1998.
- KROETZ, Tarcísio A.** *Arbitragem : conceitos e pressupostos de validade.* São Paulo: RT, 1997.
- KROETZ, Tarcísio A., et alli.** *Notas sobre a equivalência funcional entre o compromisso arbitral e a cláusula compromissória completa.* Artigo não publicado, distribuído ao Departamento Jurídico de Electrolux do Brasil S/A. em setembro de 2004.
- MARINONI, Luis Guilherme.** *Teoria geral do Processo.* Curitiba : RT, 2006.
- MERINO MERCHAN, José F.; CHILLON MEDINA, José M.** *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional.* Madri: Civitas, 1991.
- MICHAELIS.** *Dicionário prático português-japonês.* São Paulo : Melhoramentos : Aliança Cultural Brasil-Japão, 2000.
- MUNIZ, Joaquim de Paiva.** *Arbitragens em acordos de acionistas : vantagens e falácias.* In Espaço Jurídico BOVESPA de 25/07/2006. Disponível em <[www.bovespa.com.br/home/redirect.asp?end=/Investidor/Juridico/060808NotA.asp](http://www.bovespa.com.br/home/redirect.asp?end=/Investidor/Juridico/060808NotA.asp)> acesso em 31/07/2006.

- NERY JR., Nelson.** *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 2ª ed. ver. e aum. São Paulo: RT, 1995.
- NUMABE, Aiichi.** *Gendai Kaji Choutei Manyuaru*. Tóquio : Ichitsubu, 2000. (沼邊愛一. 現代家事調停マニュアル. 東京 : 一粒社, 2000.)
- OAB/PR – Ordem dos Advogados do Brasil – Subseção Paraná.** *Seminário A Arbitragem e o Advogado*. Realizado em Curitiba – PR em 14/09/2006.
- REDFERN, Alan. HUNTER, Martin.** *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Londres : Sweet & Maxwell, 1986.
- REQUIÃO, Rubens.** *Curso de Direito Comercial*. Vol.1. São Paulo : Saraiva, 1989.
- SANSEIDO.** *GEM Dictionary - japanese-english*. 5<sup>th</sup> ed. Tóquio : Sanseido, 1969.
- TESHEINER, José Maria Rosa.** *Elementos para uma teoria geral do processo*. Capítulo IV, 1. Disponível em <[www.tex.pro.br/wwwroot/livroelementos/livroelementos/index.htm](http://www.tex.pro.br/wwwroot/livroelementos/livroelementos/index.htm)>. Acesso em 16/07/2006.
- UNCITRAL – United Nations Commission on International Trade Law.** *UNCITRAL model law on international commercial arbitration*. Disponível em <[http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/06-54671\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/06-54671_Ebook.pdf)> Acesso em 09/09/2006.
- URÍA MENÉNDEZ Y ABOGADOS.** *Crônica de Legislación y Jurisprudência*. Ed. 11/2005. pg. 135. Disponível em <[www.vscf.net/esp/actualidad\\_juridica/n11/09Arbitraje.pdf](http://www.vscf.net/esp/actualidad_juridica/n11/09Arbitraje.pdf)>. Acesso em 10/09/2006.
- VALÉRIO. Marco A. Gumieri.** *Arbitragem nas sociedades anônimas: vinculação dos acionistas novos, ausentes, dissidentes e administradores à cláusula compromissória estatutária*. In Jus Navigandi – doutrina: Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7191>>. Acesso em 11/09/2006.
- VILELA, Marcelo Dias Gonçalves.** *Arbitragem no Direito Societário*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- YAMAMOTO, Kozou.** *Ichimon Ittou Tokutei Chouteihou*. Tóquio : Tokutei Choutei Houken Kyoukai, 2000. (山本幸三. 一問一答特定調停法. 東京 : 特定調停法研究会, 2000.)
- WAGONER, David E.** *Japan becomes a friendly place for international arbitration*. Disponível em <[www.adr.org/si.asp?id=2339.pdf](http://www.adr.org/si.asp?id=2339.pdf)>. Acesso em 08/09/06.

**WAMBIER, Luiz Rodrigues.** *Curso avançado de processo civil, vol. 1 : teoria geral do processo e processo de conhecimento.* 6ª ed. ver., atual., e ampl. São Paulo : RT, 2003.

**WEBSTER'S.** *New Webster's Dictionary of English Language.* Chicago : Consolidated Book Publishers, 1976.

